

S
E
R
I
E

158

desarrollo productivo

Acuertos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente

Leonardo E. Stanley



Red de Inversiones y Estrategias Empresariales

Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales
División de Desarrollo Productivo y Empresarial

Santiago de Chile, octubre de 2004

Este documento fue preparado por el consultor Leonardo E. Stanley, investigador del Área de Economía del Centro de Estudio de Estado y Sociedad (CEDES) de Buenos Aires, Argentina, para la Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN impreso 1020-5179

ISSN electrónico 1680-8754

ISBN: 92-1-92-1-322576-8

LC/L.2181-P

Nº de venta: S.04.II.G.108

Copyright © Naciones Unidas, octubre de 2004. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N.Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
Introducción	7
I. El tratamiento de la Inversión Extranjera Directa (IED)	9
A. Los tratados internacionales y el tratamiento de las inversiones extranjeras	12
B. La solución de controversias en materia de inversión...	17
C. La situación en Argentina	21
II. Renegociación y demandas ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI: ¿vías antagónicas?	41
A. La inconsistencia temporal del esquema regulatorio: tarifas, dolarización y riesgo cambiario	41
B. Renegociación como alternativa a la disputa: algunas consideraciones	43
Conclusiones	47
Bibliografía	51
Anexos	55
Anexo 1 TBI-CIADI: Aspectos generales - Argentina: situación actual en materia de demandas.....	57
Anexo 2 El proceso de renegociación.....	66
Serie desarrollo productivo: números publicados	71

Índice de cuadros

Cuadro 1	Flujos de Inversión Extranjera Directa (IED): entrada de fondos	12
Cuadro 2	Argentina: Inversión Extranjera Directa (IED) por modalidad (1990-2001)	22
Cuadro 3	Conflictividad en América Latina y el Caribe (excepto México y Argentina).....	28
Cuadro 4	Casos pendientes en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)	28
Cuadro 5	Argentina: demandas pendientes según sector de origen	29
Cuadro 6	Argentina: demandas (según fecha de origen).....	29
Cuadro 7	Reclamos según origen de los inversores, Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) reivindicados.....	30
Cuadro 8	Argentina <i>post</i> devaluación: principales aspectos que motivan la presentación de demandas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)	35
Cuadro 9	Montos reclamados ante los Tribunales Internacionales	38

Índice de gráficos

Gráfico 1	Contraparte signataria de los acuerdos según región de origen.....	24
-----------	--	----

Índice de cuadros de los anexos

Cuadro 1-a	Argentina demandada	57
Cuadro 1-b	Argentina: demandas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI): casos resueltos	57
Cuadro 1-c	demandas que enfrenta Argentina ante los tribunales internacionales (CIADI y UNCITRAL): casos pendientes.....	58
Cuadro 1-d	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en América Latina: Estados contratantes y signatarios del convenio (al 03/11/2003)	61
Cuadro 1-e	Tratados Bilaterales de Inversión firmados por Argentina	61
Cuadro 1-f	Conflictividad en el resto de América Latina (excepto México): casos resueltos	63
Cuadro 1-g	Conflictividad en el resto de América Latina (excepto México): casos pendientes	63
Cuadro 1-h	Conflictividad en el Tratado de Libre Comercio de los países de América del Norte (TLCAN): casos contra Canadá ante el Tribunal de La United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).....	64
Cuadro 1-i	Conflictividad en el Tratado de Libre Comercio de los países de América del Norte (TLCAN): casos contra Estados Unidos, 2004.....	64
Cuadro 1-j	Conflictividad en el Tratado de Libre Comercio de los países de América del Norte (TLCAN): casos contra México	65
Cuadro 2-a	Normativa aplicable a la Renegociación Contractual	67
Cuadro 2-b	Normativa introducida <i>a posteriori</i> de la devaluación en la industria del Gas.....	67

Resumen

Argentina enfrenta actualmente una serie de demandas judiciales ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la mayoría de las cuales han sido iniciadas por las empresas prestadoras de servicios públicos a la salida de la convertibilidad. Aunque con matices, el conjunto de dichas demandas cuestiona las consecuencias económico-financieras que ha tenido la sanción de la Ley 25.565 de emergencia económica a inicios del año 2002. La ruptura contractual surge así como detonante de las acciones iniciadas ante los organismos arbitrales internacionales por parte de las empresas privatizadas. Por otra parte, la posibilidad de interponer acciones a nivel supranacional se origina en que ésta es reconocida como instancia válida en la totalidad de tratados y acuerdos a los que adhirió Argentina en la última década. En consecuencia, y como lo estipulan la mayoría de los tratados bilaterales de inversión (TBI), firmados por el país, son los tribunales arbitrales internacionales (entre ellos, el CIADI) los que poseen jurisdicción para laudar en la materia. Independientemente de las acciones judiciales, las partes han iniciado un proceso de renegociación, cuya resolución es aún incierta. Desde esta perspectiva, las conductas jurídicas de los actores intervinientes pueden llegar a influenciar la resolución del conflicto principal. Para algunos responsables de adopción de políticas, (*policy-makers*), el mantenimiento del pleito por vía judicial puede considerarse como atado a la suerte del proceso de renegociación tarifaria en que se encuentran inmersos el sector público y las empresas privatizadas. Sin embargo, dados los antecedentes, otros sostienen la irreversibilidad del pleito.

Introducción

El proceso de transformaciones que se inicia en 1989 con la llegada al gobierno del Partido Justicialista, a menudo asociada a la entrada en vigencia del régimen de convertibilidad muestra un carácter más amplio. En primera instancia, es preciso recordar que dicho esquema monetario fue introducido como parte de un programa más vasto de apertura, desregulación y privatización, cuyo objetivo final se asociaba con la estabilización de la economía. Dicho esquema implica la aceptación de una regla rígida destinada a regir las relaciones económicas de los agentes económicos (públicos y privados). En este sentido, la convertibilidad conlleva a una redefinición contractual (dolarización de facto de los contratos) destinada a prevalecer en forma indefinida.

La transformación iniciada por el Dr. Carlos Saúl Menem implicaba también una redefinición en materia del tratamiento a otorgar a la inversión extranjera. Con este objetivo en mente, el gobierno inicia la firma de una serie de tratados bilaterales de inversión (los TBI), para la protección y promoción de inversores provenientes de terceros países; sanciona una nueva Ley de Inversiones Extranjeras (Ley 21.382/93), y resigna la soberanía jurídica en su trato con los inversores extranjeros al adherir al CIADI, organismo que deviene en instancia judicial relevante al momento originarse el proceso de controversias con dichos inversionistas.

Los cambios institucionales eran considerados como básicos para atraer a los inversores extranjeros. En este sentido, el otorgamiento de mayores garantías era entendido como la “señal” necesaria para que éstos confiaran nuevamente en el país.

En otras palabras, con la imposición de reglas, que surgían con la firma de los tratados y por su adhesión al CIADI, el país dejaba atrás la posibilidad de mostrar un comportamiento oportunista.

Desde otra perspectiva, la transformación observada en el área de empresas prestadoras de servicios públicos puede también considerarse como fundacional. La Argentina inicia uno de los programas de privatización más importantes de América Latina deviniendo en ejemplo para los países de la región. Sin embargo, con la ruptura del régimen de convertibilidad, el esquema de regulación ideado a inicios de los años noventa va a eclosionar. Al momento actual, la resolución de este conflicto continua latente, observándose múltiples inconvenientes para alcanzar una solución consensuada entre las partes. El proceso de renegociación convive con las demandas presentadas por las empresas prestadoras ante el CIADI.

El conjunto de transformaciones enunciadas fue realizado en el marco del programa de reforma estructural que inicia el gobierno justicialista. El marco teórico detrás de este proceso se asocia con el planteo realizado por los organismos internacionales de crédito (Banco Mundial (BM); Fondo Monetario Internacional (FMI/IMF)) que posteriormente se plasmaría en el denominado “Consenso de Washington” que consideraba al proceso de reforma como fundacional. En materia de inversiones extranjeras, el camino elegido implicaba la fijación de reglas claras y la liberalización de los flujos de capitales sin ninguna restricción. La Argentina deviene así en “alumno ejemplar” de los organismos internacionales.

El aspecto central que une los diferentes temas a ser tratados en el presente trabajo se relaciona con el carácter rígido de las reglas introducidas, aspecto éste que posteriormente influiría en la capacidad del gobierno de turno en responder a la crisis cuando ésta se presente. Por otra parte, aun cuando la mayoría de las medidas introducidas fueron pensadas para perdurar, la rigidez de las mismas volvían inviable su sustentabilidad en el largo plazo. La irrupción de la crisis provoca importantes modificaciones al régimen contractual y regulatorio que enmarcaba a las empresas privatizadas. Entre otras medidas, las más destacadas implican la transformación del régimen tarifario, de uno con tarifas fijadas en dólares e indexadas según la inflación norteamericana hacia otro donde deben fijarse en moneda local. Las medidas introducidas afectaron también a empresas que desde el inicio del proceso privatizador se hallaban desreguladas: aquellas operando aguas arriba en la industria del gas y electricidad. El problema que debieron enfrentar estas empresas se vincula con la pesificación de contratos como también con el efecto que tuvieron tales medidas sobre los precios relativos.

El análisis de este estudio se focaliza en el tratamiento de la Inversión Extranjera Directa (IED), tanto en el ámbito internacional como local. Después de considerar cómo evoluciona el tratamiento de las inversiones extranjeras en las últimas décadas, el trabajo se centra en evaluar los esquemas legales adoptados para la promoción y protección de las inversiones. Esto implica analizar la preeminencia de los TBI como del por qué de la inexistencia de un marco multilateral en el área de comercio (al estilo Organización Mundial del Comercio (OMC/WTO)). Seguidamente, se consideran el surgimiento y la evolución de los mecanismos de arbitraje internacional en materia de inversión. Por último, el énfasis se centra en analizar el caso argentino, básicamente el sector de empresas privatizadas.

I. El tratamiento de la Inversión Extranjera Directa (IED)

El tratamiento de la IED es un tópico que ha generado numerosos debates, tanto en el mundo académico como entre aquellos abocados al diseño de políticas públicas. En el ámbito internacional, las posturas en el tema se diferenciaron históricamente según el país en cuestión clasificaba como exportador o importador neto de capitales, dependiendo fundamentalmente de su grado de desarrollo. Esto porque la mayoría de los flujos mostraban (y siguen mostrando) un carácter unilateral: la mayor parte de la IED tiene su origen y destino en los países desarrollados (UNCTAD, 2003a).

Entre los países en desarrollo, la actitud prevaleciente en la materia hasta fines de los años ochenta podría considerarse como poco receptiva. A partir de la generalización del modelo sustitutivo de importaciones que se produce en la posguerra y con el proceso de descolonización que se observa en los años sesenta y setenta, la entrada de capitales del exterior era receptada —cuando menos— con cautela. En este contexto, los capitales que llegaban a la región se hallaban sujetos a una serie de restricciones como también a regulaciones específicas. En términos de disputas entre partes, la postura mayoritaria entre los países en desarrollo implicaba la no aceptación de instancias extra-nacionales, en línea con lo expuesto por la Doctrina Calvo, originada en el aporte del jurista argentino Carlos Calvo. Dicha doctrina, de gran preeminencia entre los países latinoamericanos hasta los años ochenta, no sólo estipulaba la sujeción de los extranjeros a las leyes y jueces nacionales sino que,

también reclamaba la abstención de los Estados extranjeros en las controversias patrimoniales de sus ciudadanos en terceros países como la igualdad ante la ley de los inversores independientemente de su nacionalidad.

A mediados de la década de los ochenta se produce un cambio de actitud por parte de los países en desarrollo, que coincide, en el caso latinoamericano, con el agotamiento del modelo sustitutivo y la crisis de la deuda. A partir de dicho momento se comienza a observar una suerte de “carrera” para atraer mayores flujos de la IED, que lleva a los países en desarrollo a abandonar las restricciones impuestas sobre los capitales foráneos. Dicho cambio de actitud implicaba no sólo garantizar un mínimo número de obstáculos para la entrada de nuevos inversores, sino también una mejora en los estándares de tratamiento que éstos irían a recibir y una generalización del trato no discriminatorio (vía la adopción de la cláusula “Nación Más Favorecida” (NMF)). En este contexto, los diversos tratados que comienzan a ser firmados introducen una mayor protección a los inversionistas a partir de la aceptación de un sistema de disputa o arbitraje internacional, abandonándose así la postura contraria a la presencia de instancias supra-nacionales. Los países en desarrollo comienzan también a reconsiderar su postura tradicional en materia de expropiación, introduciéndose un mayor nivel de protección a los inversionistas vía el reconocimiento de una compensación adecuada.

El conjunto de transformaciones político-institucionales introducidas por los países en desarrollo en los años noventa muestran su correlato teórico en los nuevos aportes que llegan desde la economía.¹ En presencia de discreción, el país receptor puede verse “tentado” a modificar las condiciones previamente pautadas con los inversores foráneos, lo cual denota su incapacidad de compromiso. Así, ante el temor de verse “expropiados” una vez que la inversión se encuentra “hundida”, la mejor estrategia que poseen los inversionistas implica no invertir en el país. Por lo tanto, si el objetivo del gobierno es atraer la IED, la mejor opción de política implica la instauración de una regla. Esta alternativa aboga por una mayor seguridad jurídica como condición *sine qua non* para aumentar el interés de los inversores extranjeros para establecerse en el país: la regla se asocia con la firma de TBI y la adhesión al CIADI.

Sin embargo, la visión que se tiene bajo este marco puede considerarse como algo sesgada: el problema de oportunismo sólo es reconocido en una de las partes. La experiencia reciente —fundamentalmente a partir de las disputas entre inversores y Estados nacionales acontecidos en el ámbito del Tratado de Libre Comercio de los países de América del Norte *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), que han iniciado el debate acerca de la conveniencia del sistema arbitral para la solución de controversias en materia de inversiones— muestra el carácter imperfecto del esquema vigente como también del sesgo que la mayoría de los tratados muestra a favor de los inversores. En la mayoría de las disputas originadas entre inversores y alguno de los Estados integrantes del TLCAN, los primeros, invocando dicho capítulo, han obtenido importantes concesiones (IISD, 2001). Uno de los aspectos más controvertidos en este acuerdo se relaciona con la política ambiental: amparándose en los derechos que le otorga el capítulo XI del TLCAN (Controversias y Arbitraje), los inversores tienden a cuestionar cualquier política que consideren inapropiada.

Durante la década de 1990 se observa un incremento substancial, tanto de stock como flujos, en materia de IED. Aunque la mayoría siguen estando localizadas en los países desarrollados,² los países en desarrollo comienzan a receptor un número creciente de inversiones. Sin embargo, a diferencia de la IED observada en los períodos previos (*greenfield investment*), la mayoría de las inversiones que

¹ La mayoría de estos aportes destaca el carácter estratégico en la toma de decisiones de los actores económicos, resaltando también el problema de inconsistencia temporal. Entre otros trabajos, el realizado por E. Kydland & E. Prescott (1977) puede considerarse como determinante.

² La mayoría de los flujos se circunscriben a la triada compuesta por Estados Unidos, Unión Europea y, Japón. A nivel individual, Estados Unidos reporta como el principal país receptor de IED.

tienen lugar en los noventa viene asociada primero a las privatizaciones y posteriormente con las operaciones de fusiones y adquisiciones (UNCTAD, 2003a; Singh, Singh y Weisse, 2002).

Lo anterior implica que la importancia de las variables institucionales no parece ser demasiado relevante en la práctica. A la hora de invertir, otros siguen siendo los aspectos considerados como determinantes por el inversor. En este sentido, el tamaño del mercado continúa siendo considerado como relevante, aunque a nivel sectorial también destacan aspectos estratégicos (participación por el mercado).

A nivel regional, la década de 1990 muestra un cambio en los países de origen de los inversores, donde la supremacía norteamericana comienza a ser desafiada por empresarios de origen europeo. La llegada de estos inversores al inicio de los noventa, asociada básicamente con el proceso de privatización que experimentó América Latina, no se explica tanto a partir del otorgamiento de mayores certidumbres por parte de los gobiernos locales, sino con el proceso de desregulación que estas empresas comenzaban a afrontar en sus mercados de origen y la posibilidad de transformarse en “jugadores internacionales” que el proceso en marcha en la región le estaba otorgando. La afluencia de inversores extranjeros dispuestos a participar en el proceso privatizador iniciado por Brasil a finales de la década pasada abona dicha postura.

La implosión de fondos frescos originada a partir de la suba en el precio del petróleo en los años setenta y ochenta, conjuntamente con la desregulación de los mercados de capitales, generó una “carrera” entre los países en desarrollo para atraer fondos del exterior. Por otra parte, la revolución tecnológica que se observa en dichos años, sumada a la capacidad de las empresas transnacionales en dirigir el proceso de innovación, hacen que los países en desarrollo modifiquen sus posturas en materia de IED. En términos de política económica, la presión de los países desarrollados exportadores de capital hacia una liberalización creciente en materia de inversiones se vuelve importante. Dada dicha situación y ante la ausencia de estabilidad política y económica que mostraban estos países, muchos Estados se vieron en la necesidad de señalarse como “amigables” para así poder atraer mayores flujos de IED. Es en este contexto que, a partir de los años ochenta, una porción importante de países en desarrollo comienza a adoptar medidas de liberalización en materia de inversión extranjera como también a introducir nuevos instrumentos jurídicos. Junto a la transformación generada a partir de la introducción de estos acuerdos en materia de territorialidad de la disputa, gran parte de los países en desarrollo introducen modificaciones sustantivas en el marco jurídico nacional.

Dado su historial en materia de IED como también su (excesiva) volatilidad macro, la introducción de reglas era vista como la alternativa de política a seguir. Bajo el auspicio de los organismos internacionales, este esquema (liberalización + sistema legal + TBI) es seguido por varios países en desarrollo. Sin embargo, a pesar de la generalización en la adopción de nuevas instancias jurídicas, también se observan (importantes) excepciones. En este sentido, las más destacadas las protagonizadas por India³ y China en Asia, como los casos de Brasil y México⁴ en América Latina. En el caso de Brasil, si bien este país suscribió una serie de TBI (14) en la década del noventa,⁵ a la fecha ninguno de éstos ha entrado en vigencia. Tampoco este país se encuentra adherido al CIADI. La estrategia implica postergar la introducción de este tipo de acuerdos (TBI y CIADI), dada la resistencia interna para con las prerrogativas a las que accederían los inversores extranjeros *a posteriori* de la firma (Peterson, 2003a).⁶

³ Singh (2003) destaca la importancia de las IED de origen norteamericano en India (principal inversor extranjero), a pesar que estos países no hayan firmado ningún tipo de acuerdo. Al no existir ningún TBI firmado entre China y Estados Unidos, mostraría la importancia relativa de dicho esquema.

⁴ En este caso, la página del CIADI registra el inicio de dos tratados, ninguno de los cuales habría sido firmado.

⁵ Brasil firmó acuerdos de promoción y protección de inversiones con: Portugal (febrero, 1994); Chile (marzo, 1994); Gran Bretaña (julio, 1994); Suiza (noviembre, 1994); Finlandia (marzo, 1995); Francia (marzo, 1995); Italia (abril, 1995); Dinamarca (marzo, 1995); Venezuela (julio, 1995); Corea del Sur (septiembre, 1995); Cuba (junio, 1997); Holanda (noviembre, 1998); y Bélgica (enero, 1999), (CIADI, s/fecha).

⁶ Como parte de esta estrategia, Brasil privilegia un esquema de tipo multilateral, el cual sería difícil de alcanzar en el corto plazo.

En contraposición, se puede considerar al conjunto de países africanos, cuya voluntad a firmar acuerdos bilaterales fue importante, como también su predisposición en adherir al CIADI: los montos destinados a este continente siguieron siendo irrelevantes. La excepción en el continente vendría dada por Nigeria, país que tampoco ha seguido una política activa en materia de TBI. Finalmente, es importante destacar que el propio Banco Mundial reconoce la poca importancia de esta variable a la hora de atraer capitales (BM, 2002).

En función de lo anterior, la hipótesis según la cual un incremento en la protección genera un mayor flujo de IED se vería debilitada: las excepciones a la regla son tan importantes, que la hipótesis pierde validez (Hallward-Driemeier, 2003). La evidencia empírica tampoco llega a demostrar que la firma de este tipo de acuerdos permita reducir el nivel de riesgo político en el país receptor (Waelde, 1999). En definitiva, ambos autores estarían confirmando el hecho que los flujos de inversión consideran sólo en forma secundaria aspectos tales como la seguridad jurídica; el factor determinante de la inversión sigue siendo el tamaño del mercado.

Cuadro 1
FLUJOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED): ENTRADA DE FONDOS
(En millones de dólares)

País o región	1991-1996 ^b	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Argentina	4 309	9 160	7 291	23 988	11 657	3 206	1 003
Brasil	3 633	18 993	28 856	28 578	32 779	22 457	16 566
Chile	2 191	5 271	4 628	8 761	3 639	4 477	1 603
México	7 351	14 160	12 170	12 856	15 484	25 334	13 627
América Latina	27 069	73 275	82 040	108 255	95 358	83 725	56 019
China ^a	31 533	55 605	58 517	64 899	102 711	70 621	66 418
Países en Desarrollo	91 502	193 224	191 284	229 295	246 057	209 431	162 145
Países Desarrollados	154 641	269 654	472 265	824 642	1.120 528	589 379	460 334
Total	254 326	481 654	686 028	1 079 083	1 392 957	823 825	651 188

Fuente: UNCTAD (2003a), pp. 249 y siguientes.

^a En el caso de China, los flujos incluyen los dirigidos a Hong Kong.

^b Promedio anual.

Si se consideran los destinos de la IED en los años noventa, se observa que el mayor receptor de fondos (China) no se destaca por un excesivo “celo” institucional en materia de economía de mercado.⁷ En términos sectoriales, la mayoría de las IED se orientan al sector manufacturero, destacándose el papel que dichas inversiones ha jugado en la explosión de las exportaciones que ha mostrado China en los últimos años (UNCTAD, 2003a). Otro caso exitoso, aunque a menor escala, viene representado por India, donde las inversiones se han orientado (básicamente) a empresas operando en el sector Information Technology (IT) (Tecnología de Información). En materia de incentivos (instituciones y políticas), este país mostraría menos beneficios que los generados por China (UNCTAD, 2003a).⁸

En el caso de América Latina, los principales países receptores en materia de IED en la última década han sido Brasil y México. En este sentido, vuelven a destacarse la importancia del tamaño de mercado como de los factores estratégicos a la hora de optar por un destino.

A. Los tratados internacionales y el tratamiento de las inversiones extranjeras

⁷ Aunque *a priori* dicho comentario pueda seguir siendo válido, China ha introducido recientemente una serie de cambios que implicarían una mejora institucional (UNCTAD, 2003a; p. 44-45).

⁸ Por otra parte, India ha sido más activo en materia de políticas internacionales, siendo su militancia contra la aprobación de esquemas multilaterales en materia de inversiones reconocida como fundamental para el bloqueo de tales iniciativas.

1. El bilateralismo como resultante del fracaso del esquema multilateral

Aun cuando la IED ha mostrado un crecimiento paulatino desde la posguerra, y en forma más sustancial desde fines de los años ochenta, no existe a la fecha un esquema multilateral de protección de inversiones.

Al término de la segunda guerra mundial se realizó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo (United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)) (1948), instancia ésta, pensada con el objetivo de incrementar los flujos de capitales disponibles para la inversión productiva a cuyo fin se instaba a redactar un acuerdo en materia de inversiones. Sin embargo, la reunión de La Habana no prosperó, deviniendo el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (General Agreement on Tariffs and Trade (GATT))⁹ el foro adoptado. De carácter comercial, éste desconsidera aspectos relativos a inversiones. Hasta la Ronda de Tokio (1978) estos aspectos siguen sin ser considerados, aunque los adelantos más relevantes son introducidos a partir de la Ronda Uruguay (1982). En el marco de esta última, y pese a la resistencia de algunos países en desarrollo, se introducen en dos acuerdos específicos: el Trade Related Investments Measures (TRIM) y el Acuerdo General sobre Comercio y Servicios *General Agreement on Trade and Services (GATS)*,¹⁰ de distintos aspectos relacionados con el tratamiento de las inversiones.

Posteriormente, en el año 1995 un grupo de países desarrollados enmarcados en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), comienza a delinear una propuesta de carácter multilateral para el tratamiento de las inversiones (Multilateral Agreement on Investment (MAI)). Sin embargo, debido a la presencia de fuertes disputas entre los países participantes, originadas (básicamente) en la resistencia de Francia respecto al tratamiento de las inversiones en el área cultural, dicho proyecto no prosperará.

Una nueva iniciativa para instaurar una instancia multilateral, ahora dentro del marco de la OMC, surge a partir de la declaración de Singapore (1996) y posteriormente con el lanzamiento de la Ronda de Doha, aunque ambas iniciativas no llegan a prosperar. Las trabas para alcanzar algún acuerdo, se originan tanto en las posturas de algunos países en desarrollo (India, Brasil) como también por la falta de consenso entre los países desarrollados acerca del carácter que debiera tener el marco normativo. En definitiva, tal como lo demostró la reunión en Cancún (2003), la posibilidad de alcanzar un acuerdo en la materia parece cada vez más distante. En este sentido, diversos observadores plantean que el mayor responsable por dicho fracaso debe atribuirse al desinterés de los Estados Unidos en consensuar este tipo de esquemas, dado su prioridad en el sistema bilateral, postura ésta (unilateralidad) coincidente a la sostenida en otros ámbitos internacionales por la administración Bush (Tissue, y otros, 2003).

Dada la ausencia de un marco multilateral, el esquema jurídico que comienza a ser utilizado como marco de protección de las inversiones es el de los Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones comúnmente denominados como “Tratados Bilaterales de Inversión” (TBI). Aunque en el año 1959 se firma el primero de dichos tratados,¹¹ los mismos recién comienzan a generalizarse en la década de 1980, “explotando” su utilización a mediados de la década de 1990. En dicho lapso se pasa de un número inferior a 400 TBI (1989) a más de 2000 tratados al año 2001.

El esquema de protección de la inversión también se generaliza dentro del marco regional como asimismo dentro del marco de los Tratados de Libre Comercio (TLC). En lo que respectan al

⁹ Dicho organismo será sucedido por la Organización Mundial del Comercio (OMC/WTO).

¹⁰ El primero involucrando aquellas medidas que afectan indirectamente el comercio a partir de pautas al momento del establecimiento (Trade related investment measures); mientras que el segundo involucrando aquellos aspectos relativos a la apertura en el sector servicios (General Agreement in Trade and Services (GATS)).

¹¹ Este es el tratado firmado entre la República Federal de Alemania y Pakistán (25/11/1959). En la región, el primer tratado es suscrito en 1982 por Panamá y Estados Unidos.

Mercado Común del Sur (Mercosur) las garantías se hallan inmersas en dos protocolos: el Protocolo de Colonia vinculado a la Protección de Inversiones para inversores pertenecientes a los países miembros y el Protocolo de Buenos Aires destinado a brindar protección para aquellos inversores no pertenecientes a los Estados miembros.¹² En el caso del TLCAN, el capítulo XI del mismo introduce los principales aspectos destinados a preservar los intereses del inversor. Por otra parte, la mayoría de los TLC recientemente firmados también se observa un capítulo especial destinado a la promoción y protección de los inversionistas. Otro esquema que presenta un capítulo especial en materia de inversiones es el “Energy Charter Treaty”.¹³ Es importante destacar que, aunque con matices, la mayoría de las cláusulas observadas en estos tratados son similares a las encontradas en los TBI.

2. Los acuerdos bilaterales: aspectos generales

Los tratados bilaterales se estructuran alrededor de dos pilares básicos: la protección de las inversiones y la consagración de un sistema de arbitraje para resolver controversias. Además de estos principios, la mayoría de los TBI comparten las siguientes cláusulas: Ámbito de aplicación; Admisión y Establecimiento; Tratamiento *post* entrada; Compensación; Libre transferencia de fondos y repatriación de Capital y Ganancias; y, el Sistema de disputas.

a) Ámbito de aplicación

El término ámbito de aplicación se asocia con la delimitación del concepto de inversión, como también con una definición del concepto de inversionista.

En la práctica no existe una definición única del término. Mientras algunos tratados introducen una visión amplia que involucra a las inversiones de portafolio, otros reducen el alcance del término hacia las inversiones de carácter real, vinculándolo más con las IED. Con respecto al carácter de inversionista, las definiciones usualmente utilizadas comprenden tanto a las personas físicas como aquellas de tipo jurídico.

b) Cláusula de “Nación Más Favorecida” (NMF)

La mayoría de los tratados bilaterales en materia de inversión incluyen la cláusula de “Nación más Favorecida” (NMF). De origen comercial, esta cláusula sostiene que el tratamiento que el país receptor otorga a los inversores de un país extranjero (contraparte en el acuerdo) debe ser —en circunstancias similares— igual al otorgado a inversores provenientes de terceros países (UNCTAD, 1999a). Sin embargo, la vigencia de esta cláusula no impide que los países receptores puedan adoptar un tratamiento diferencial entre sectores o según tamaño de empresa.¹⁴

En la mayoría de los casos, el momento en que dicho reconocimiento (de trato similar) se vuelve aplicable, es posterior al establecimiento de la inversión (*post* entrada). Sin embargo, algunos tratados plantean la aplicabilidad de la citada cláusula también sobre la instancia previa (*pre-entrada*).¹⁵

En la práctica, una serie de excepciones pueden ser introducidas, las cuales se vinculan básicamente con la participación en acuerdos económicos regionales (zona de libre comercio, unión aduanera, acuerdo de integración regional, mercado común, etc.) o especiales (asistencia económica), lo cual permite a los países signatarios dejar de lado la cláusula de NMF. La presencia de actividades no cubiertas por el tratado es otra forma de exceptuar a determinados sectores de la citada cláusula.

¹² Es importante destacar que, del conjunto de países integrantes del MERCOSUR, sólo la Argentina ha ratificado estos acuerdos en el parlamento.

¹³ Este es un tratado de carácter multilateral diseñado para inducir la participación del sector privado en el sector energético de las ex-repúblicas soviéticas. El mismo entra en vigor en 1998, habiendo sido ratificado por más de 46 países. Al igual que en el caso del MAI (OCDE), este tratado se haya inspirado en el TLCAN.

¹⁴ El tratamiento diferencial está permitido vía el párrafo “en similares circunstancias”.

¹⁵ En este sentido, los TBI donde participan Estados Unidos ó Canadá introducen la aplicabilidad del concepto en ambas instancias.

Una cláusula, a menudo incorporada en forma conjunta con la de NMF, es aquella denominada como de “Trato Nacional”. Según ésta, los inversores extranjeros no pueden verse discriminados frente a (es decir, tratados en forma menos favorable que) los inversores de origen local. No son pocos quienes sostienen que la inclusión de este tipo de cláusulas ha generado un tratamiento discriminatorio para con los inversores locales, dada la imposibilidad de estos últimos en acudir (en caso de inconformidad con los fallos originados localmente) a instancias judiciales internacionales.

c) Trato justo y equitativo

El término se asocia con garantizar a los inversores un tratamiento justo y equitativo, mostrando su origen en los tratados firmados entre países desarrollados y en desarrollo, ante el temor de los primeros en que sus inversores se vean sometidos a un trato arbitrario por parte de los países receptores de capital (UNCTAD, 1999b). La mayoría de las veces los TBI consideran a esta cláusula como aplicable en forma conjunta con la de NMF y la de trato nacional.

Con la liberalización de la política de IED, esta cláusula permite introducir un reaseguro en materia de protección legal. Sin embargo, la vaguedad del concepto y la subjetividad que deja abierta la interpretación de los términos “justo y equitativo”, genera no pocos desafíos.

El concepto de “trato justo y equitativo” es considerado como absoluto a diferencia de los mencionados anteriormente que deben evaluarse sólo en términos relativos. Esto implica que el trato justo y equitativo es aplicable a una inversión en una situación particular independientemente del estándar aplicado a otras inversiones; mientras que, tanto el concepto de NMF como trato nacional compara el trato otorgado al inversor respecto al obtenido por otras inversiones en circunstancias similares.

d) Expropiación

Originalmente la introducción del concepto se asoció al temor de los inversores extranjeros ante la posibilidad que los Estados receptores introdujeran medidas unilaterales que condujeran a la expropiación.¹⁶ Dicha percepción resultaba fundada en la década de 1970, cuando las nacionalizaciones fueron una práctica corriente tanto entre los países en desarrollo (principalmente aquellos englobados en el proceso de descolonización) como entre los PD (ejemplo: Francia). En la actualidad, el problema asociado al concepto en consideración no se vincula tanto con la expropiación física de los activos, sino con aquellas medidas del Estado receptor que repercuten sobre los derechos adquiridos de los inversores extranjeros. Sin embargo, la situación dista de estar resuelta, observándose que la cláusula en cuestión ha adoptado un sesgo pro inversor muy pronunciado que dificulta la toma de decisiones por parte del sector público.

Es importante destacar que lo anterior no implica que las expropiaciones se encuentren prohibidas por los TBI o en otras instancias legales internacionales, ya que dicha figura se haya contemplada en la mayoría de las legislaciones modernas. En este sentido, el carácter expropiatorio no se haya cuestionado, siempre que el mismo contemple la presencia de: un propósito público; no discriminatorio; que exista compensación, y que haya un debido proceso (UNCTAD, 2000). El problema surge con dos aspectos: cuando se está en presencia de un acto expropiatorio, y cuál es el monto a compensar.

En materia de recompensa que debería abonarse al inversor en caso de expropiación, la mayoría de las posturas plantea una compensación “justa y razonable”, aunque existen divergencias al momento de conceptualizar lo que está representando dicha frase. La postura más reconocida por

¹⁶ En el siglo XX, Los principales procesos, se vinculan con las expropiaciones que siguieron a la revolución rusa y mexicana. En ambos casos, los inversores extranjeros no fueron indemnizados, por lo que el tópico generó conflictos a nivel gubernamental.

los países exportadores de capital se asocia con la adopción de la “Fórmula Hull”,¹⁷ según la cual, el Estado que expropia debe recompensar al inversor en forma “rápida, adecuada y efectiva”. La fórmula no encontraba tantos adeptos entre los países en desarrollo, quienes (muchas veces) la consideraron como nociva en términos de desarrollo, introduciendo en su defecto la noción de una “compensación adecuada”.¹⁸ En la actualidad, la mayoría de los TBI consideran como monto resarcible a aquel “equivalente al valor de la inversión expropiada al momento previo a la fecha en que la expropiación ha sido llevada a cabo”.

En lo que respecta al tipo de expropiaciones, éstas se diferencian en directas o indirectas (UNCTAD, 2000). Las primeras son fáciles de distinguir, aunque no muy comunes en la actualidad. La indefinición aumenta al momento de evaluar cuando una medida califica como expropiación indirecta. El problema se asocia con distinguir acciones que conllevan a la expropiación de otras que deben considerarse como autónomas. La visión amplia plantea incluir como expropiatoria cualquier medida introducida por el país receptor que influya sobre las inversiones realizadas por el inversor extranjero. La visión más acotada, excluye a las medidas de política regulatoria como sujetas a controversia. El problema así se vincula con la capacidad del Estado receptor, ya sea a través del gobierno central o cualquier otra instancia de gobierno (provincial, estadual o municipal), en introducir un esquema de regulación que no sea desafiado por las empresas extranjeras vía demandas por expropiación.

En este debate, algunos autores consideran como condenables a las “medidas que tienden a la expropiación”; incluyendo dentro de éstas al concepto de *regulatory takings* utilizado por la doctrina norteamericana.¹⁹ Esta postura ha generado que en numerosos casos, fundamentalmente (aunque no solo) en fallos recientes del TLCAN, los inversores hayan demandado a los Estados huéspedes por sumas siderales (Echeverría, 2002), cada vez que uno de ellos (Canadá, Estados Unidos o México) intento introducir algún cambio en la legislación vigente.²⁰

En síntesis, el punto a considerar se vincula con cuándo una medida interna (regulación, cambio de política, nueva legislación, etc.) debe considerarse como expropiatoria: ¿Cualquier modificación a la normativa vigente al momento de la llegada del inversor debe considerarse como expropiatoria? o, ¿puede pensarse en un umbral, por encima del cual sea reconocido el carácter expropiatorio de la medida? Con relación a este punto tampoco existe consenso. La postura tradicional sostiene la necesidad de que la medida altere sustancialmente el valor de la propiedad y que la misma sea discriminatoria (trato diferente a similares). Las medidas de carácter general no entrarían en el carácter de expropiatorias. Así, una medida de política económica, con efectos sobre los activos de los inversores, no puede considerarse como expropiatoria si la misma no es discriminatoria (ejemplo: devaluación).

e) Cláusulas de admisión

El concepto incluye al conjunto de medidas fijadas por el país receptor asociadas tanto con la regulación de la entrada como del establecimiento de empresas extranjeras (Host Country Operational Measures). Este tipo de regulación puede mostrar un carácter absoluto, impidiendo

¹⁷ Dicha fórmula tiene su origen en la respuesta de Estados Unidos ante las expropiaciones a que estaban siendo sujetos los inversores de ese país en México a posteriori de la revolución.

¹⁸ Dicha postura era firme durante el período de descolonización. La misma se vio reforzada por una serie de resoluciones de las Naciones Unidas que reconocían los derechos de estos países por sobre los recursos naturales (UNCTAD, 2000). El concepto es introducido por primera vez a través de una serie de resoluciones de las Naciones Unidas sobre el Nuevo Orden Económico Internacional y la Soberanía Permanente sobre los Derechos Naturales.

¹⁹ El concepto tiene sus raíces en la cláusula de *takings* introducida por la Quinta Enmienda a la Constitución Norteamericana, la cual plantea “*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”. En la visión de la justicia norteamericana, el concepto se vincula (fundamentalmente) con la eliminación total o substancial del valor de la propiedad. Aunque aún no existe consenso respecto a cuando debe considerarse una medida como expropiatoria, en los últimos años se ha producido un corrimiento hacia una concepción más amplia.

²⁰ Los principales casos pueden ser consultados en la página electrónica del IISD.

—por ejemplo— la entrada de empresas extranjeras a determinados sectores de la economía nacional; o bien relativo, si la autorización previa es fijada como condición necesaria para el establecimiento en el país. Históricamente tales medidas fueron frecuentemente utilizadas con el objetivo de preservar la soberanía (económica) o bien por motivos de seguridad nacional.

Las mismas pueden ser amplias, pudiendo tomar la forma de restricciones o requerimientos de *performance*, vinculándose las más reconocidas con:

- Introducción de requerimientos en materia de contenidos locales;
- Disposiciones en materia de transferencia de fondos;
- Obligación de asociar algún inversor local a través de *joint-ventures*;
- Requerimientos en materia de transferencia tecnológica;
- Restricciones en materia de balance comercial;
- Restricciones “culturales”, fundamentalmente en aquellas inversiones en el sector de televisión (TV), periódicos y radios;
- Impedimentos para invertir en áreas estratégicas;
- Medidas destinadas a influenciar la política de personal.

El objetivo teórico que puede encontrarse detrás de tales medidas se vincula con el interés del país receptor en influenciar el carácter o la localización de las IED, aunque determinadas medidas tratan también de influir sobre la forma en que se distribuye la renta que obtienen las empresas en los países receptores. En los años setenta se realizó una utilización amplia de este tipo de medidas con el objetivo implícito de influenciar sobre el comportamiento de las empresas transnacionales. Posteriormente, crisis de la deuda mediante, los países receptores comienzan a modificar su visión en la materia. Actualmente, la mayoría de los países en desarrollo han comenzado a suavizar este tipo de restricciones.

Es importante considerar que, en mayor o menor grado, dichas políticas han sido utilizadas por la mayoría de los países, tanto por aquellos clasificados como en desarrollo como por los países desarrollados (Chang y Green, 2003).²¹ Más aún, algunas medidas incluidas en el listado anterior, que en teoría deberían considerarse como restrictivas, continúan siendo reflejadas en numerosos acuerdos a pedido de los países desarrollados. Sin embargo, signadas por una visión negativa, las mismas han sido poco consideradas en los actuales TBI. Esta tendencia ha generado que cualquier medida que (a futuro) quiera ser introducida por los países receptores, y que éstos consideren adecuada para su desarrollo, se vean impedidas. Es necesario pues tomar precauciones para que la incapacidad de adoptar políticas en la materia, que puede ser beneficiosa para promover inversiones en el corto plazo, no demuestre después que sea “a expensas de la capacidad del gobierno (receptor) en su tarea de promover el desarrollo” (UNCTAD, 2001).

B. La solución de controversias en materia de inversión

Desde un punto de vista económico, las inversiones constituyen un fenómeno dinámico, característica ésta que las enfrenta a un mayor oportunismo (problema del *hold-up*). La presencia de dicho fenómeno sumada a la imposibilidad de firmar contratos completos permite, a nivel micro, explicar el tamaño de la empresa (Hart, 1995). Sin embargo, la teoría de contratos plantea que aún en presencia de conflictos entre las partes, éstas podrán llegar a un acuerdo si existe un mecanismo de resolución de conflictos que permita dirimir las disputas. En este sentido, la presencia de un

²¹ Según Chang & Green (2003), este tipo de medidas sólo podría ser dejada de lado cuando el país deviene en exportador de capitales. Dentro del conjunto de países que analizan los autores, resaltan la actitud en materia de IED de Gran Bretaña y Alemania a posteriori de la Segunda Guerra Mundial. Ante la importancia que cobran las inversiones provenientes de Estados Unidos, ambos países adoptan una serie de medidas (formales e informales) para evitar que los intereses nacionales se vean perjudicados. Los casos de los países del sudeste asiático como los de Irlanda y Finlandia también son instructivos en este aspecto.

sistema judicial, imparcial a los intereses de las partes, incentivaría al “hundimiento” del capital para llevar adelante un proyecto específico. La presencia de una falla institucional, asociada con la ausencia de tal mecanismo o su funcionamiento imperfecto, impediría la concreción de proyectos rentables. Este marco teórico serviría para explicar el interés de los inversores extranjeros en generar algún mecanismo alternativo a la justicia local. Ante el temor de verse atrapados por decisiones judiciales locales, la adhesión a las distintas instancias jurídicas *supra* nacionales por parte del país receptor es funcional al reclamo de los inversionistas por una mayor seguridad jurídica.

En un plano teórico, lo ideal se asociaría con la presencia de una instancia internacional, que permita dirimir ante una disputa en materia de inversiones que se origina entre las partes. Sin embargo, a diferencia de lo observado en el área de comercio, no existe un mecanismo multilateral de solución de controversias a escala mundial. Para suplir esta falencia es que en 1065, fue creado el CIADI dentro del ámbito del Banco Mundial, tribunal que no va a mostrar mayor relevancia hasta bien entrado los años noventa. De recibir un caso anual, desde 1998 ingresa un caso por mes al CIADI, incrementándose dicha cifra aún más a partir del año 2001 (Sorensen, 2001), razón que llevó a catalogar a dicho Tribunal como una suerte de “bella durmiente” (Obadia, 2002). Dicha relevancia se correlaciona con el fuerte incremento observado en los flujos de capitales en el ámbito internacional, donde los países en desarrollo comienzan a recibir importantes montos de inversión como también por el carácter privado que muestran la mayoría de los capitales dirigidos hacia estos países a partir de los años ochenta.

En síntesis, la lógica económica del CIADI se origina en la importancia del *enforcement*. Esto porque para los inversores no sólo importa el marco jurídico (TBI, leyes) y el nivel de estabilidad que presenta el país donde se encuentran realizando sus inversiones, sino también la posibilidad que las mismas puedan ser juzgadas de manera transparente. Este aspecto sumado al interés de los países receptores en aumentar los flujos de capitales entrantes, hace que la mayoría de los países en desarrollo delegue su capacidad de actuación en materia legal, aceptando la supremacía de los tribunales internacionales. Los primeros países de la región en adherir a dicho convenio lo hacen en la década de 1980, aunque la mayoría firma su adhesión en el transcurso de los años noventa.

El esquema de protección de inversiones histórico vigente hasta la posguerra se caracterizaba por un régimen de solución de controversias de carácter “diplomático”, donde el respaldo que obtenían los inversores dependía de la voluntad del Estado originario en ejercer o no su protección. Originalmente pensado como un foro de disputa entre Estados, el esquema del CIADI se transforma posteriormente en otro de carácter privado (de Inversor a Estado receptor).²² Bajo dicho estándar es que los inversores extranjeros comienzan a “desafiar” al gobierno del país huésped con acudir a los tribunales internacionales.

El CIADI tiene como objeto ofrecer medios de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias que en materia de inversiones pudieran surgir entre Estados partes y nacionales de otros Estados partes que hayan consentido su jurisdicción. El acceso al CIADI se obtiene mediante:

- (i) Un acuerdo o compromiso para: someter una controversia existente en materia de inversiones, al arbitraje o a la conciliación del CIADI;
- (ii) Una cláusula de dependencia al CIADI, en un contrato en materia de inversiones que someta las correspondientes disputas al referido centro;
- (iii) Legislación nacional en materia de inversiones que establece: el sometimiento del Estado al CIADI;
- (iv) Tratados bilaterales o multilaterales que establezcan el sometimiento.

²² Dicho esquema deviene en estándar con los TBI firmados *a posteriori* del ochenta (Peterson, 2002).

Es importante destacar que dicho Tribunal arbitral es de adhesión voluntaria, y de carácter indirecto, dado que el mismo no se encarga de conciliar o arbitrar en forma directa, sino que opera como institución organizadora y administradora de conciliaciones y arbitrajes. Por otra parte, para que una controversia pueda considerarse como tratable en el marco del CIADI, la misma debe cumplir con los siguientes requisitos:

- (a) Tratarse de una controversia jurídica;
- (b) Surgir directamente de una inversión;
- (c) Plantearse entre un Estado contratante y un inversor de otro Estado contratante;
- (d) Las partes deben dar el consentimiento por escrito al arbitraje.

La ratificación del Convenio por parte de los “Estados contratantes” no implica necesariamente el sometimiento de éstos al arbitraje o a la conciliación a las normas del CIADI. El consentimiento se produce en cada caso particular (según consta en el preámbulo del tratado). Adicionalmente, el Art. 25 (4) del convenio permite que los Estados parte puedan notificar al CIADI respecto de las materias no arbitrales o no conciliables. Por otra parte, conforme al Art. 26 los Estados miembros pueden exigir el agotamiento de los recursos internos como condición para expresar su consentimiento de recurrir al CIADI.

La jurisdicción y la competencia del CIADI y de los correspondientes tribunales arbitrales se establecen mediante las reglas de la Convención y de las normas respectivas de Mecanismo Complementario²³ así como mediante las disposiciones del correspondiente TBI o tratado multilateral de ser el caso.

Una vez solicitado el registro de una causa, y siendo el mismo aceptado, el siguiente paso consiste en evaluar la correspondencia en materia de jurisdicción. La resolución por parte del tribunal arbitral sobre este aspecto no implica ningún juicio *a priori* sobre el reclamo. Para calificar bajo este último aspecto, el inversionista debe probar la violación del tratado.

En cuanto a la ley aplicable, el CIADI deja en libertad a las partes para establecer la ley aplicable que servirá para resolver la controversia. A falta de acuerdo, se aplica el Art. 42 del convenio, el cual estipula al tribunal arbitral resolver conforme a las propias disposiciones del TBI, las Normas de Derecho Internacional General aplicables en la materia, y el Derecho Interno del Estado en el que se realizó la inversión. Con ello se tiende a proteger al inversor extranjero frente a los cambios legislativos del Estado huésped que resulte contrario al correspondiente TBI o al Derecho Internacional.

El mecanismo de solución de controversias comúnmente diseñado por la mayoría de TBI prevé que el inversor puede optar por acudir a los tribunales internos en donde se ha establecido o bien al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. En este sentido, la opción se entiende como “de regla exclusiva”: una vez que las partes han dado su consentimiento al arbitrio del Tribunal, no pueden volver atrás.²⁴ Por otra parte, muchos de los tratados firmados exigen al inversor entablar negociaciones con el Gobierno receptor antes de someter una controversia al arbitraje, con vistas a alcanzar, sí posible, una solución amigable en un plazo determinado (la mayoría de los casos, el período se extiende por seis meses).

Aunque el presente esquema no puede considerarse como óptimo, el mismo presenta ciertas ventajas frente a esquemas alternativos y/o frente al esquema de resolución previamente vigente. Sin embargo, si se analiza su desempeño, el mismo muestra grandes falencias.

²³ Dicho mecanismo alternativo (*Additional Facility Rules*), se halla disponible para cuando una de las partes involucradas ha ratificado la Convención.

²⁴ En otras palabras, la Justicia doméstica no se halla disponible como foro alternativo una vez que la disputa ha sido sometida al CIADI.

Considerando las primeras, y desde la óptica del BM (Schreuer, 2000), este esquema ofrece sólo ventajas. En primer lugar, el CIADI está ajeno a la interferencia de la Justicia doméstica, por lo que la arbitración internacional puede considerarse como autocontenida e independiente de la legislación nacional. Los tribunales del CIADI garantizan que los que van a dictaminar sobre la causa no poseen ningún contacto con el Estado huésped. En segundo lugar, el CIADI está (en teoría) exento de interferencias políticas en la forma de protección diplomática, ya que una vez que el consentimiento ha sido dado, los inversores pierden los derechos de nacionalidad, por lo que dejan de estar sujetos a la protección diplomática contra el Estado sede de la inversión. Finalmente, una vez concluido el caso, éste no está sujeto a ninguna revisión extraordinaria por parte del CIADI. En síntesis, según lo expuesto por el citado autor, el esquema de arbitraje y conciliación ofrece un alto nivel de efectividad y seguridad a los inversores extranjeros.

Desde una visión crítica, las falencias que muestra el sistema de arbitraje son varias. En primer lugar, el esquema se muestra poco transparente: la publicidad de sus actos es escasa, como también es nula la posibilidad de participar por parte de los actores involucrados en la disputa (sociedad civil) que no son parte signataria del acuerdo.

Por otra parte, aunque relacionado con el punto anterior, numerosos son los autores que cuestionan la facilidad con que los inversores pueden introducir reclamos. En este sentido, se plantea la necesidad de efectuar un examen más riguroso del pedido de registro de los reclamos, para evitar que el Estado se vea innecesariamente involucrado en un costoso proceso arbitral.

Otro de los puntos cuestionados se vincula con el sesgo comercial que muestra el CIADI, observándose el conflicto por “la naturaleza esencialmente privada de la figura [arbitración] y la naturaleza pública de los casos que son llevados a los tribunales” (Blackaby, 2003). En este sentido, sería necesario adecuar normas y procedimientos atendiendo a las particularidades de los demandados: las controversias que se plantean son contra Estados soberanos con objetivos y responsabilidades diversas a la de una empresa comercial. Las normas de fondo y de forma deben reconocer esta circunstancia. Lo anterior se origina en el hecho que el sistema CIADI ha nacido bajo la notoria influencia del arbitraje comercial; equiparándose el proceso de solución de controversias en inversiones al observado en materia comercial aun cuando en términos económicos ambos muestran características bien diferenciadas: mientras que el comercio se destaca por su carácter estático, la inversión se distingue por ser un fenómeno esencialmente dinámico. En este sentido, es un error considerar a la IED como una actividad “adyacente” al comercio, y no como una actividad de carácter independiente (IISD, 2001; von Moltke, 2000).

A partir de los fallos observados en el ámbito del TLCAN, numerosas son las críticas al esquema de arbitración internacional en función del carácter sesgado que el mismo habría mostrado en sus fallos recientes. En este sentido, el CIADI es visto como “tribunal de último resorte” por los inversores, quienes amparándose en el capítulo XI del TLCAN terminan cuestionando distintas decisiones regulatorias encaradas por el sector público, principalmente en temas de salud y medio ambiente (Echeverría, 2004; IISD, 2001; Mann, H. y K. von Moltke, 2002; Peterson, 2001 y 2003a,b).

La imposibilidad de revisión ante un fallo internacional, por parte de la justicia local, es otro aspecto que sujeta no pocas controversias. Este punto ha sido objeto de numerosas críticas por parte de sectores académicos y de las ONG en las disputas originadas en el marco del TLCAN (Echeverría, 2003; Public Citizen, Friends of the Earth, 2001; Peterson, 2002).

Un último aspecto controvertido, nada desdeñable en el caso argentino, se relaciona con la imposibilidad de acumular causas que muestran el esquema actual. El mecanismo del CIADI para resolver controversias no prevé ningún esquema de consolidación de causas similares, esto porque el mismo no constituye un “sistema” sino que se trata de Tribunales *ad hoc*. Lo anterior significa que, una misma medida de gobierno afectando a un conjunto de inversores extranjeros puede dar origen a múltiples arbitraciones, y por ende, la probabilidad de observar fallos contradictorios

aumenta. Peor aún, una misma inversión puede dar lugar a múltiples demandas, pudiendo arribar a fallos contradictorios como quedó demostrado en las presentaciones efectuadas contra la República Checa en el caso Lauder²⁵ (Peterson, 2002; Parra, 1997).

Lo expuesto hasta aquí refería exclusivamente al funcionamiento del Tribunal arbitral con sede en el BM. Sin embargo, en el ámbito internacional coexisten una serie de foros, que (de alguna forma) “compiten” por la gestión de conflictos (*forum shopping*) (Alford, 2000). De esta forma, además del CIADI y el esquema de “facilidades extendidas” que funciona con eje en dicho tribunal, los inversores pueden optar por:

- La Cámara Internacional de Comercio (International Chamber of Commerce (ICC))
- La Cámara de Comercio de Estocolmo
- La United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)
- Los tribunales *ad-hoc*

La principal crítica con este tipo de foros se asocia con su escasa o nula transparencia: la confidencialidad es la regla.²⁶ Además, la mayoría de estas instancias no posee siquiera la obligación de registrar la disputa o de publicitar los laudos a que los mismos arriban. Es importante destacar que, gran parte de los TBI firmados plantean la posibilidad de opción (entre los distintos esquemas arbitrales presentes) por parte del inversor.

C. La situación en Argentina

1. Los flujos de la Inversión Extranjera Directa (IED) en Argentina

Al igual que el resto de los países de la región,²⁷ Argentina mostraba una actitud ambigua a la IED, observándose una entrada mínima de capitales con la crisis de la deuda.²⁸ Dicha situación se modifica a mediados de la década de 1980, acelerándose la entrada de fondos del exterior a partir del año 1988 debido a la implementación del programa de conversión de deuda externa que entonces se inicia. Con la llegada al gobierno del Dr. Menem dicha tendencia se solidifica, observándose niveles récord de entrada de fondos durante la mayor parte de la década de 1990 noventa. Dicho cambio de tendencia se vincula con las transformaciones iniciadas por dicho gobierno, cuyos factores más destacados fueron: las políticas de reforma estructural (privatizaciones y apertura); una nueva legislación en la materia de inversiones extranjeras,²⁹ y, el cambio en la política macroeconómica (Chudnovsky, Lopez y Porta; 1994). A los factores locales que inciden en el proceso descrito, se suman una serie de cambios políticos y económicos tanto a escala regional como mundial (CEPAL-2002).

²⁵ Este caso involucra una inversión realizada en el sector de televisión (TV) de la citada república. Por el mismo caso se presentaron dos demandas: una realizada por la firma (CME), y la otra por el accionista mayoritario (R. Lauder). Mientras que en un caso el tribunal arbitral falló a favor del gobierno, en el otro el fallo benefició al inversionista privado.

²⁶ A diferencia del CIADI, tribunal donde es posible conocer los aspectos básicos en los casos presentados (partes en disputa, instancia en que se encuentra la disputa), para los restantes tribunales el “secreto” es la base de su actuación.

²⁷ El ejemplo más pronunciado hacia las inversiones extranjeras se da con Brasil, cuyo programa de desarrollo industrial iniciado en la década de 1960 se asienta en la llegada de empresas transnacionales. En contraposición, la postura más contestataria es representada por Chile bajo el gobierno de Salvador Allende (1970-1973).

²⁸ Bajo el modelo sustitutivo el país mostró distintas actitudes hacia la radicación de capitales foráneos. Con el gobierno de Arturo Frondizi (1958-1962) se inicia una política favorable, destinada a la exploración y explotación de recursos minerales y petroleros. Dicha política sería discontinuada con el gobierno de Arturo Illia (1963-1966). Posteriormente, se observa la llegada de un nuevo flujo de IED, el cual finaliza en 1969. La inestabilidad política y económica que predominó en la primer mitad de la década de 1970 genera una contracción en los flujos de IED. Con el golpe militar de 1976 se abre nuevamente la economía a los capitales extranjeros, etapa que culmina con la crisis de la deuda.

²⁹ Entre otros aspectos, la nueva ley liberaliza la remisión de dividendos y la repatriación de capitales.

Al analizar la entrada de capitales en los años noventa, en una primera etapa la mayoría de los fondos entrantes fueron destinados a la compra de empresas prestadoras de servicios públicos (proceso de privatización), mientras que a partir de la segunda mitad de la década, los fondos se dirigen básicamente a la compra de activos preexistentes (proceso de fusión y adquisición).

Cuadro 2
ARGENTINA: INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED) POR MODALIDAD (1990-2001)
(En millones de dólares)

Concepto	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Privatizaciones	1 174	460	2 332	935	136	1 113	580	892	334	4 192	30	25
Fusiones y Adquisiciones (F&A)			385	101	927	1 453	2 434	3 802	2 188	14 194	6 228	749
Resto ^a	0	0	845	879	1 674	2 385	3 536	3 739	3 981	5 743	3 866	3 250
Total	1 174	460	3 562	1 915	2 737	4 951	6 550	8 433	6 503	24 129	10 124	4 024

Fuente: “La inversión extranjera en América Latina y el Caribe”, *Informe Anual*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2002), Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, Naciones Unidas.

^a Reinversión de utilidades + Aportes de capital + Deudas matrices y filiales.

Los montos más importantes que son atraídos por el proceso de privatización se destinan a los sectores de telecomunicaciones, gas, petróleo y electricidad. Es importante destacar que la mayoría de los pliegos de licitación imponía como condición para la adjudicación del servicio que el operador fuera una empresa con experiencia en el sector.³⁰ La amplia participación de empresas de origen europeo, se explica a partir del proceso de desregulación y competencia a que las mismas comenzaban a experimentar en sus países de origen: los “campeones nacionales” empezaban a competir a escala europea. En este sentido, la participación de dichas empresas en el proceso de privatización en Argentina (como en otros países de América Latina) cumplía un rol estratégico: alcanzar una escala de negocios que le permitiese llegar a la apertura con un tamaño de empresa adecuado. Finalmente, también es destacable el rol que tuvo, al momento de la compra, los papeles de deuda: los inversores podían utilizar bonos externos (cotizados bajo la par) en la licitación.³¹

A partir del año 1997, los flujos de inversión provenientes del exterior se destinan mayoritariamente a la compra de empresas locales, primero en el sector manufacturero y posteriormente en el sector financiero.³² Del conjunto de operaciones observadas en este período, la más destacada —tanto por el monto involucrado como por el carácter estratégico de la operación— fue la compra de YPF por parte de la española Repsol en el año 1999.

2. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) firmados por Argentina

En la década de 1990 la Argentina suscribe un importante número de TBI, siendo 56 el número de acuerdos vigentes al momento actual (ver anexo I). En este contexto, el país adhiere a una serie de tratados de protección y promoción de inversiones tanto con países desarrollados como en desarrollo, siendo estos últimos el grupo de países con el que la Argentina ha firmado mayor cantidad de tratados (36). Del universo de países con los cuales la Argentina firma convenios involucra tanto a países con los cuales mantenía un nivel de intercambio amplio como con otros que

³⁰ La inexistencia de empresas locales, dado que se provenía de una experiencia de prestación estatal, llevó a que la mayoría de los operadores hayan sido de origen extranjero. En términos de propiedad, es importante destacar que la mayoría de las empresas europeas que llegaban al país (y la región) como “defensoras” del esquema privatizador, eran de tipo público.

³¹ Dicho carácter explica la participación de bancos extranjeros como socios en varios de los consorcios presentados en la licitación.

³² En las operaciones de Fusiones & Adquisiciones (F&A), en el sector financiero se destaca el papel de dos bancos españoles: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) y Banco Santander Central Hispano (BSCH). En ambos casos, el proceso de expansión responde a una conducta estratégica.

no mostraban (ni muestran) ningún tipo de contacto significativo (ni siquiera comercial). El siguiente gráfico diferencia al conjunto de tratados firmados por regiones y/o continentes.

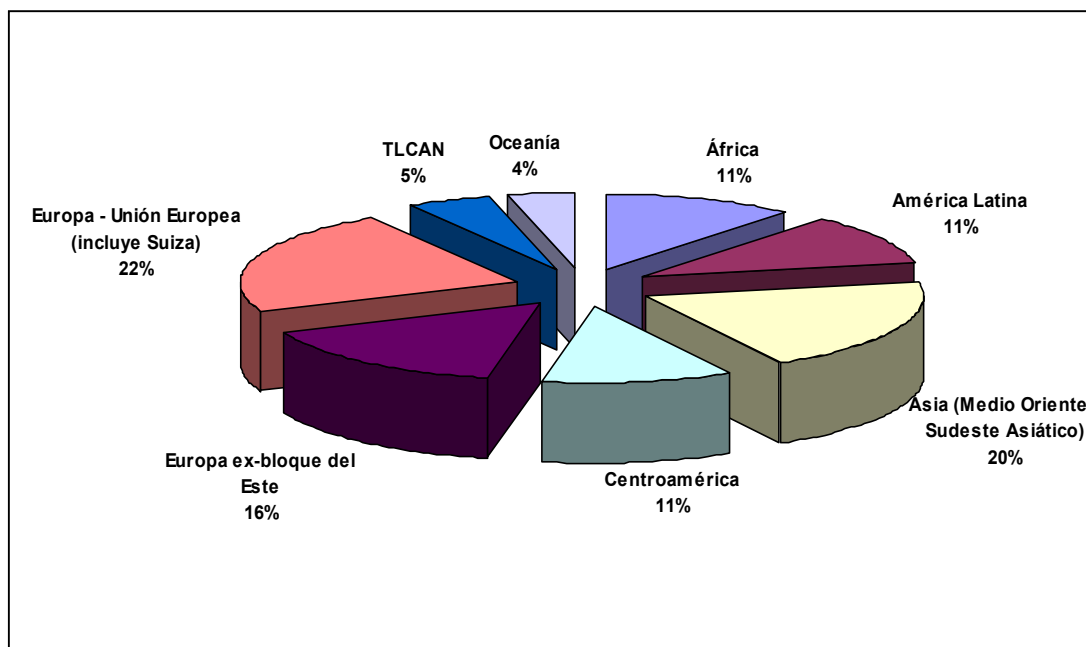
Dicho número de acuerdos firmados estaría denotando la importancia del esquema, desde el punto de vista de política económica, como medio para atraer mayores volúmenes de IED. Esta política se alineaba con la idea que resaltaba a la imposición de reglas como forma de resolver los problemas de credibilidad. En este sentido, la profundización de la regla que se generaba con cada firma representaba un mayor compromiso, una señal de que el país se embarcaba en un camino sin retorno.

Los tratados firmados muestran una conducta que podría ser considerada como conveniente en el corto plazo, aun cuando la misma no evalúa correctamente las consecuencias que podrían generarse en el largo plazo. Al momento de la firma sólo se consideraron los beneficios —en términos de credibilidad y señalamiento— que estos acuerdos generaban en el contexto económico, mientras que los costos que podrían surgir a futuro fruto del compromiso asumido por el país, podría plantearse que no fueron correctamente evaluados.³³ Dichos costos devienen importantes en una situación como la actual, cuando el país afronta un número importante de demandas ante los tribunales internacionales.

³³ Esta visión fue compartida por distintos interlocutores en varias de las entrevistas que se realizaron para el presente trabajo.

Gráfico 1
CONTRAPARTE SIGNATARIA DE LOS ACUERDOS SEGÚN REGIÓN DE ORIGEN

(En porcentajes)



Fuente: CIADI (<http://www.worldbank.org/icsid/>), (datos no actualizados); Ministerio de Economía-INFOLEG (textos legales de los acuerdos); Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (datos no actualizados); *El arbitraje en Argentina*, Libro editado por el Centro de Conciliación y Arbitraje/Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, M. B. Noodt Taquela (2000); "Los Tratados Bilaterales de Inversión, el Arbitraje Internacional Obligatorio y el Sistema Constitucional Argentino", *Revista La Ley*, Rosatti (2003).

Si bien los TBI firmados muestran algunas diferencias, la inclusión en todos ellos de la cláusula de NMF genera que las mismas queden desdibujadas. Por esta vía (NMF), el inversor puede buscar las cláusulas más favorables del conjunto de tratados firmados por Argentina, dado que éste será finalmente el aplicado, sería necesario realizar una "tabla de ventajas", de la cual surgiría el contenido "real" de los TBI firmados por Argentina (Noodt Taquela, 2000).

En lo que se refiere a la vigencia temporal de los tratados firmados, su iniciación se origina con la aprobación parlamentaria (momento que el mismo es acordado por ley), perdurando la mayoría de los mismos por un período que varía entre los 10 a 15 años, prorrogables automáticamente.³⁴ Es importante destacar que, en determinados casos, la protección sobre las inversiones efectuadas durante el período de vigencia del tratado continúan vigentes, independientemente de la prórroga o no del mismo (Noodt Taquela, 2000).³⁵

En lo que respecta al concepto de inversiones, la mayoría de los TBI firmados por el país introducen una definición de carácter amplio, incluyéndose los siguientes conceptos:

- (a) Bienes muebles e inmuebles así como cualquier otro derecho real (hipotecas, privilegios, prendas, usufructos y derechos análogos).
- (b) Acciones y otro tipo de participación en sociedades.
- (c) Títulos de créditos directamente relacionados con una inversión específica y todo otro derecho a una prestación contractual que tenga un valor económico.

³⁴ Dicha prórroga es por un período similar o indefinido, dependiendo del tratado firmado. Para su derogación, es necesaria que una de las partes signatarias lo denuncie con anticipación al vencimiento (seis meses o un año antes).

³⁵ Tal es el caso del acuerdo firmado con Francia, donde la protección del inversionista se mantiene por un período de 15 años posterior a la culminación del tratado original, aun cuando éste no haya sido prorrogado.

- (d) Derechos de Propiedad Intelectual (patentes, procesos técnicos, nombres comerciales, transferencias de conocimientos tecnológicos, etc.).
- (e) Concesiones conferidas por ley o por decisiones administrativas o por contratos; incluyendo las concesiones en el sector petrolero.

Un aspecto a destacar del listado anterior, presente entre otros acuerdos en el TBI firmado con Estados Unidos, se vincula con la extensión de la protección otorgada a los inversionistas independientemente de que éstos mantengan o no el control de la sociedad donde poseen acciones. En otras palabras, dicho tratado le otorga al mero tenedor de acciones la posibilidad de acudir al CIADI si éste entiende que sus derechos han sido violados.

En lo que se refiere al concepto de “inversor”, algunos tratados reconocen bajo dicha categoría a empresas constituidas según las leyes de uno de los Estados firmantes, aunque controladas directa o indirectamente por nacionales del otro Estado contratante.³⁶

Como es norma en la mayoría de los TBI existentes, los firmados por la Argentina contienen sendas cláusulas de “tratamiento justo y equitativo” como de NMF (en relación al trato recibido por inversores de terceros países) y de Trato Nacional (en relación a inversores locales). Sin embargo, como también se observa en la mayoría de los TBI vigentes, los firmados por el país contienen una serie de excepciones a la cláusula de NMF: (i) integración regional (Art. 3 TBI con Chile; Art. 9 TBI con Estados Unidos);³⁷ (ii) sectores de particular importancia (Art. 2 TBI con Estados Unidos), y, (iii) acuerdos particulares concesionales establecidos con otros Estados no cubiertos por la cláusula de NMF (Tratado Argentina-Italia, 1987 y Tratado Argentina-Reino de España, 1988). En lo que respecta al tratamiento que deben recibir los inversores, la fórmula utilizada por la mayoría de los TBI firmados por Argentina plantea el otorgamiento de un “trato justo y equitativo” como también la plena protección y seguridad.

En la mayoría de los convenios firmados, las expropiaciones son reconocidas como válidas en la medida que:

- Sean tomadas en beneficio del interés público y bajo el debido proceso legal,
- Específicas y no discriminatorias,
- Se encuentren acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una compensación “pronta, adecuada y efectiva” que será transferible sin demora en una moneda libremente convertible.

Por otra parte, la mayoría de TBI vigentes asegura a los inversores la libre disposición y transferencia de los fondos sin demora.

Finalmente, en lo que se refiere a solución de controversias, los tratados firmados por la Argentina plantean que los inversionistas extranjeros pueden recurrir tanto ante el CIADI o bien ante el UNCITRAL. Inicialmente dicha opción puede considerarse como de segunda instancia, ya que los primeros TBI obligaban al inversor a acudir a los tribunales locales (modalidad adoptada en el TBI firmado con Alemania), preeminencia que llevó a que esta cláusula sea denominada como “*soft-Calvo*”. En la medida que éstos no resolviesen el caso en un período determinado (18 meses), los inversores podían acudir a los Tribunales internacionales. Con la firma del Tratado con Francia, que otorga al inversor la opción judicial desde el inicio de la controversia, la capacidad de actuar de la justicia local se vio fuertemente recortada, dado que ningún inversor extranjero optaría por los tribunales locales si desde el inicio puede optar por uno de carácter internacional. En otras palabras,

³⁶ En este grupo se incluyen los TBI firmados con Holanda, Francia y Suiza.

³⁷ En lo que respecta a la cláusula de “trato nacional”, Estados Unidos se reserva el derecho de mantener (o introducir) excepciones en los siguientes sectores: transporte aéreo; transporte marítimo y costero; bancos, seguros; energía; propiedad y operatoria de radios y estaciones de televisión; propiedad de bienes raíces; comunicaciones (incluida la provisión del servicio de telefonía y telégrafos; servicios de cables submarino); como del uso de la tierra y de los recursos naturales; Art. 2 del protocolo del acuerdo firmado con la Argentina.

dada la irreversibilidad de la opción, la mayoría preferirá evitar la justicia local, independientemente del tipo de pleito involucrado.³⁸

Una de las cuestiones más controvertidas que suscitan los TBI es la relativa al alcance de la protección que ofrecen a los inversores extranjeros frente a las medidas de política económica en general, o a las medidas de política monetaria que pueda adoptar el Estado inversor. En principio, éstas constituyen medidas legítimas del gobierno en el ejercicio del poder soberano del Estado. Consecuentemente en principio no cabe que puedan ser consideradas como de carácter expropiatorio (de expropiación indirecta) o contrarias a la obligación de trato justo y equitativo que imponen los tratados. A menos que las mismas resulten abusivas o arbitrarias, dicha interpretación es la que surge tanto de la doctrina mayoritaria como de la jurisprudencia.

Al margen de las cláusulas contenidas en los diversos tratados firmados por el país, las prerrogativas que gozan los inversores extranjeros en materia legal, no están exentas de costos para con el Estado en su rol de regulador de empresas prestadoras de servicios públicos. En este sentido, la normativa introducida genera una especie de “inmunidad contractual” para los inversores foráneos (Noodt Taquela, 2000). Sin embargo, este sesgo no sólo es observable en el caso argentino, sino que puede considerarse como un efecto no deseado del régimen de promoción y protección de inversiones que se ha venido formando en los últimos años. Como ha sido expuesto en secciones precedentes, el sesgo pro inversor que muestra el esquema actual en todos sus niveles, ha introducido fuertes restricciones en materia de política económica (en general) y regulatoria (en particular). Así, cualquier sanción grave o incumplimiento contractual que quiera ser debatido en el ámbito local choca con la amenaza del arbitraje internacional (Noodt Taquela, 2000).

En el caso de Argentina, no resulta sencillo determinar hasta qué punto las medidas de emergencia pueden ser calificadas como contrarias a los TBI celebrados con terceros países. En este sentido, deberá analizarse si la emergencia declarada por la Ley 25.561 puede ser invocada en el marco de éstos tratados para moderar o eximir al Estado de sus obligaciones asumidas. Esto, por cuanto los mismos establecieron que en caso de que los inversores sufran pérdidas debido a que sus inversiones o ganancias en el país resultaran afectadas por una emergencia nacional, recibirán de parte de la argentina, en lo que se refiere a restituciones, indemnizaciones, compensaciones u otros resarcimientos, un trato conforme al derecho internacional y no menos favorable que el que la Argentina acuerde a sus propios inversores o a los propios inversores de cualquier tercer Estado.

La mayoría de los TBI firmados introducen cláusulas relativas al trato a que deben verse sometidos los inversionistas ante una situación de “emergencia nacional”.³⁹ Independientemente de las pérdidas originadas a partir de la situación excepcional, lo estipulado en este tipo de cláusula se asocia con el trato que los inversores deben obtener por parte del Estado receptor. El tratamiento a que deberían aspirar dichos inversores no puede ser menos favorable que el recibido por aquellos de origen nacional y/o por aquel perteneciente a una tercera nación en circunstancias similares. El reconocimiento de tal estado de situación (emergencia) como la interpretación de esta cláusula puede ser clave al momento de analizar las demandas presentadas por los inversores ante el CIADI. Por otra parte, también es lógico plantear que las medidas adoptadas (entre éstas, la devaluación) no fueron realizadas con el ánimo de perjudicar a determinado sector, lo cual plantea el carácter no discriminatorio de la misma, ni contraria a algún compromiso particular, por ejemplo el contraído con una prestadora de servicios públicos.

³⁸ Esta conducta es observable en la presentación efectuada por la empresa Vivendi (Aguas del Aconquija). Aunque el Contrato de Concesión en su cláusula 16.4 (jurisdicción) fijaba que “para los propósitos de interpretación y aplicación de este contrato” las disputas deben ser sometidas a la jurisdicción exclusiva de los tribunales provinciales correspondiente (contencioso-administrativo), Vivendi nunca realizó ninguna presentación ante los mismos. En su lugar, la demandante alegó que la Argentina había fallado en proteger sus inversiones, lo cual constituía una violación al TBI previamente firmado entre Argentina y Francia.

³⁹ La mayoría de las cláusulas introducen salvaguardas ante situaciones “de guerra o de otros conflictos armados, estados de emergencia u otros acontecimientos político-económicos similares”.

En general, existe un consenso entre los académicos del derecho como también por parte de aquellos provenientes de la economía que, dada la magnitud de la crisis la superación de las diferencias debería buscarse a través de la negociación. En otras palabras, pocas voces se han alzado para plantear el mantenimiento de la situación previa (con contratos en dólares) o la actual (con precios desactualizados) como una de carácter estable. Así, en Bosch (2003), Rodríguez Pardina (2002) y Urbiztondo (2003) se plantea a la renegociación contractual como la mejor herramienta que posee el Gobierno para esquivar el riesgo de afrontar una enorme cantidad de juicios arbitrales.

Con el objetivo de evitar soluciones contradictorias, numerosos son los autores que han comenzado a plantearse el problema a partir de las múltiples demandas que acumula la Argentina a raíz de la ruptura de la convertibilidad (Peterson, 2002). Bajo una misma óptica, desde el gobierno argentino se sostiene la necesidad de articular un mecanismo que permita la unificación o “casación” de decisiones arbitrales (Siseles, 2003). En este sentido, deberían otorgarse mayores facultades a la Secretaría del CIADI en punto a disponer, cuando ello resulte precedente, la acumulación de procesos evitando la multiplicidad de tribunales para decidir sobre supuestos hechos idénticos. En términos económicos, la falta de tal esquema podría generar mayor incertidumbre (y mayores costos) al Estado receptor (Peterson, 2002).

En síntesis, la existencia de múltiples demandas mostrando un mismo origen (ruptura contractual, imposibilidad de fijar y ajustar tarifas en dólares americanos, etc.), podría generar una situación donde los distintos tribunales arbitrales alcancen resultados distintos.⁴⁰ Ante esto, se estaría otorgando un tratamiento disímil ante situaciones equivalentes.

Aunque en forma incipiente, estos aspectos comienzan a ser tenidos en cuenta en el conjunto de demandas que enfrenta la Argentina. Un ejemplo en este sentido se vincula con la aceptación de agrupar en una única causa los casos presentados originalmente por Sempra Energy International (ARB/02/16) y por Camuzzi International S. A. (ARB/03/02). Dado que en ambos casos los demandantes se encontraban realizando idénticos reclamos, las partes acordaron someter ambas disputas al mismo tribunal. En contraposición, los casos iniciados por AZURIX Corp. (norteamericana) (ARB/03/30) y SAUR International (francesa) (ARB/04/4) dos empresas participantes en la concesión del servicio de aguas en la provincia de Mendoza (Obras Sanitarias de Mendoza (OSM)),⁴¹ con demandas similares centradas en reclamos por la pesificación de las tarifas, han iniciado acciones por forma separada.⁴² El mismo criterio podría seguirse con las presentaciones efectuadas por CMS Gas Transmission Company (ARB/01/08) y LG&E Energy Corp. (ARB/02/1), ambos participantes en TGN S.A., aún cuando la presentación original referenciaba otros aspectos en el reclamo.

Las presentaciones efectuadas en forma independiente por Aguas Provinciales de Santa Fe y otros (ARB/03/17); Aguas Cordobesas y otros (ARB/03/18), y Aguas Argentinas S.A. y otros (ARB/03/19), presentan la particularidad de haberles sido asignado un mismo triunvirato de árbitros⁴³ (aunque cada Tribunal muestre una composición diferente). Dicha composición —y la probabilidad que estos pleitos se fundan en un único caso— se vincula con el hecho que en todas las sociedades mencionadas el Grupo Suez (originario de Francia) ocupa la posición de accionista principal. En esta misma dirección la unificación de causas también podría generarse en el sector energético, donde Électricité de France (EDF) ha iniciado dos demandas contra la República Argentina (ARB/03/22 y 23).

3. La situación en materia de conflictos

⁴⁰ Más aún, es posible que una misma empresa presente múltiples demandas (respondiendo a distintos accionistas).

⁴¹ Esta empresa es una sociedad anónima, aunque con participación del Estado Provincial (20%) y de los empleados (10% Programa de Propiedad Participada (PPP)). El operador técnico de la concesión es la firma de origen francés SAUR. El conjunto de los accionistas privados participantes en la sociedad incluye a: AZURIX, ITALGAS e Inversora Mendoza. (OSM, s/fecha).

⁴² En principio SAUR consentiría en nominar a los mismos árbitros que los nominados en el caso iniciado por AZURIX (Peterson, 2004).

⁴³ Los nombres y país de origen de éstos son: J. W. Salacuse (Estados Unidos); G. Kaufmann (Suiza); y, P. Nikken (Venezuela).

Los primeros países de la región que adhieren al CIADI son de Centroamérica y el Caribe (en los años ochenta), observándose en algunos casos una adhesión temprana (a fines de la década de 1960). Excepto en los casos de Ecuador y Paraguay, el resto de los países del Cono Sur adhieren al citado tribunal en la década de 1990 (ver cuadro I-d del anexo I). La aceptación de este tipo de instancia jurídica para resolver conflictos en materia de inversión se vincula con el proceso de apertura que comienza a experimentar la región a inicios de la citada década.

Salvo una serie de conflictos acaecidos en la década del setenta, que involucran a empresas mineras con operaciones en Jamaica, la mayor parte de las causas observadas en la región llega recién en los años noventa (ver cuadros I-f y I-g del anexo I). Sin embargo, es notorio el incremento en el nivel de causas que llegan al CIADI a partir del año 2000, momento en que se inicia el verdadero “despertar” del Tribunal en la región: del total de causas iniciadas (resueltas y pendientes), 12 han surgido con el nuevo siglo.

Cuadro 3
CONFLICTOS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (EXCEPTO MÉXICO Y ARGENTINA)
(En número de casos)

País	Casos totales	Resueltos	Pendientes
Bolivia	1	-	1
Chile	3	1	2
Costa Rica	1	1	-
Ecuador	3	1	2
El Salvador	1	-	1
Guyana	1	1	-
Honduras	1	1	-
Jamaica	3	3	-
Paraguay	1	1	-
Perú	3	1	2
Venezuela	3	3	-
Totales	21	13	8

Fuente: Sobre la base de datos del Banco Mundial, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (2004), (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>).

Si a estos números se suman las causas que enfrentan Argentina y México,⁴⁴ el nivel de conflictividad que estaría mostrando la región sería altísimo.⁴⁵ En este sentido, puede hablarse de un *boom* en materia de litigios internacionales a partir de los casos denunciados ante los tribunales del CIADI (71 demandas aún pendientes de resolución). En términos de presentaciones efectuadas por los inversionistas privados ante el citado organismo, con 29 demandas la Argentina ha devenido el principal país demandado.

Cuadro 4
CASOS PENDIENTES EN EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)
(En número y porcentajes)

Origen	Casos	Participación
---------------	--------------	----------------------

⁴⁴ Salvo una serie de conflictos acaecidos en la década de 1970, que involucran a empresas mineras con operaciones en Jamaica, la mayor parte de las causas observadas en la región llega recién en los años noventa (cuadro I-f del anexo I).

⁴⁵ Tal como fue comentado anteriormente, la ausencia de Brasil en el cuadro anterior surge del hecho que el mismo no ha adherido al CIADI.

Argentina	29	40,85
América Latina (sin Argentina)	12	16,90
Resto del mundo	30	42,25
Total	71	100

Fuente: Sobre la base de datos del Banco Mundial, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (2004), (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>).

Aunque *a priori* se podría suponer un nivel de conflictividad muy alta por parte del país (escaso respeto jurídico), dicho número se vincula —mayoritariamente— con las demandas realizadas como consecuencia de la ruptura del esquema de convertibilidad.

Analizando el universo de casos, aun cuando algunas demandas se originan en sectores no regulados, la mayoría de los litigios han sido iniciados por empresas prestadoras de servicios públicos (ver cuadro 5). Esto básicamente porque, según las normas regulatorias introducidas durante los años noventa, dichas empresas tenían la potestad de cobrar y actualizar sus tarifas en dólares.⁴⁶ A partir de la sanción de la Ley 25.561 dicho esquema tarifario es dejado de lado (pesificación de tarifas y desindexación), circunstancia que genera —en la mayoría de los casos— el causal de presentación.

Cuadro 5
ARGENTINA: DEMANDAS PENDIENTES SEGÚN SECTOR DE ORIGEN
(En número de empresas)

Sector	Empresas	¿Sector regulado?
Empresas prestadoras del servicio de agua y cloacas	7	Sí
Gas (transporte y distribución)	7	Sí
Electricidad (transporte y distribución) ^a	7	Sí
Industria de la energía (petróleo y gas), nivel <i>upstream</i>	4	No
Tecnología, Información y Comunicación (TIC)	2	No
Telecomunicaciones	1	Sí
Industria automotriz	1	No
Sector financiero ^b	2	No
Total	31	

Fuente: Sobre la base de datos del Banco Mundial, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (2004), e información periodística, (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>).

^a Del total de casos presentados, dos han sido iniciados ante la United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

^b Aunque las empresas operando en este sector están sujetas a regulaciones específicas, las mismas no corresponden al tipo de regulación aquí analizado.

De esta forma, del total de presentaciones efectuadas, 22 se originan en empresas operando directamente en un sector regulado (*utilities*). Por otra parte, del total presentaciones pendientes se pueden diferenciar entre las originadas en vigencia del plan de convertibilidad de aquellas iniciadas *a posteriori* a la ruptura del mismo (ver cuadro 6).

Cuadro 6
ARGENTINA: DEMANDAS (SEGÚN FECHA DE ORIGEN)
(En número de empresas)

Momento	Empresas
---------	----------

⁴⁶ Se utiliza la frase “durante los años noventa”, y no “al momento de la privatización” dado que en algunos casos la dolarización de tarifas fue realizada a posteriori de la privatización. Los casos más destacados son los de teléfonos (cuya privatización es anterior a la introducción del régimen de convertibilidad) y el de aguas (dolarización introducida con la renegociación del contrato en el año 1997).

Durante la vigencia del régimen de convertibilidad	9
Posterior a la ruptura del régimen de convertibilidad	24
Total	33

Fuente: Sobre la base de datos del Banco Mundial, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (2004), (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>).

La mitad de las presentaciones efectuadas durante el plan de convertibilidad se encuentran resueltas, mientras que las restantes se encuentran pendientes de resolución. Según el cuadro precedente, 24 empresas presentan demandas ante el CIADI una vez roto los contratos al término de la convertibilidad.

En determinados casos, la no correspondencia entre el número de presentaciones/demandas sectoriales con número de empresas reguladas en el ámbito nacional, obedece al hecho que la privatización original del servicio fue realizada por el gobierno provincial y/o municipal. Dicha circunstancia es observable en empresas operando en el sector aguas, como también en el caso de las distribuidoras eléctricas. Sin embargo, independientemente del ámbito donde se origina la concesión, la demanda es realizada contra el Estado Nacional, esto porque la Nación es quien —en última instancia— deviene como garante de los derechos de los inversores a partir de la firma del convenio. En otros casos, la presentación efectuada involucra tanto al Estado Nacional como al provincial, en su carácter de regulador, dado que el demandante reporta como conglomerado con negocios (regulados y desregulados) en ambas jurisdicciones. Este esquema se repite con frecuencia en el caso de empresas operando en la industria de la energía, donde una empresa del grupo puede estar operando en el mercado desregulado (producción de gas o electricidad) mientras que otra empresa opera en el segmento regulado, en el ámbito nacional o provincial, dependiendo del sector.

De esta forma, el total de presentaciones que involucran a las provincias alcanza a 12 (más del 40% de las presentaciones),⁴⁷ de las cuales cuatro se originan en la industria del Agua. Si se deja de lado las motivaciones asociadas a la “pesificación de las tarifas”⁴⁸, las demandas ante los Estados provinciales se vinculan con dos aspectos:

- Ruptura contractual, básicamente en el caso de las empresas concesionarias del servicio de aguas;
- Reclamos ante la imposición de impuestos y tasas provinciales, en el caso de las empresas operando en la industria de la energía.

El protagonismo que adquieren las provincias en el conjunto de demandas que enfrenta la Argentina podría bien reflejar una suerte de oportunismo por parte de éstas frente al gobierno nacional. A partir de que éstas no deben enfrentar las consecuencias asociadas con la ruptura contractual, pueden mostrar un menor interés en cumplir con la regla (los TBI-CIADI).

Cuadro 7
RECLAMOS SEGÚN ORIGEN DE LOS INVERSORES,
TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBI) REIVINDICADOS
(Número de casos)

⁴⁷ Las provincias involucradas son: Buenos Aires; Chubut; Córdoba; La Pampa; Mendoza; Neuquén; Río Negro; Salta; Santa Cruz; Santa Fe; Tierra del Fuego; y, Tucumán. Si también se consideran los casos resueltos, a este grupo puede agregarse la provincia de Santiago del Estero.

⁴⁸ Mantención de los precios al tipo de cambio vigente con anterioridad al término de la convertibilidad.

TBI firmados por Argentina con	Casos	Tribunal
Estados Unidos	14	CIADI
Francia	8	CIADI
Bélgica-Luxemburgo	2	CIADI
España ^a	3	CIADI
Gran Bretaña	2	UNCITRAL
Chile ^a	1	CIADI
Alemania	1	CIADI
Total	31	

Fuente: Sobre la base de datos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (2004), e información periodística.

Nota: ^a La inclusión de tres casos a España y uno a Chile surge del hecho que la presentación efectuada por Enersis, si bien originaria de Chile la misma es una empresa controlada desde España.

Con relación a la nacionalidad del inversor, carácter que determina el TBI utilizado de marco para la presentación ante los tribunales internacionales, a excepción de una presentación efectuada por una compañía de origen chileno, la totalidad de los mismos basan sus reclamos a partir de TBI firmados con PD. De esta forma, considerando el conjunto de casos pendientes, se observa la siguiente composición:

4. Las causas originadas antes del año 2002

Un total de nueve presentaciones fueron efectuadas por los inversores extranjeros asentados en el país a partir del año 1997, de las cuales cuatro se encuentran actualmente resueltas:

(i) Demanda iniciada por Lanco International Inc (ARB/97/6)

Accionista en la concesión de la Terminal Portuaria de Buenos Aires. La importancia de este caso se asocia no por el carácter de su resolución final sino con el reconocimiento del demandante por parte del tribunal arbitral, a pesar de su carácter de socio minoritario en la sociedad titular de la concesión. Los casos restantes involucran a empresas operando en el sector energético:

(ii) Houston Industry Energy & Others (ARB/98/1)

Empresa involucrada en el negocio de distribución eléctrica en la provincia de Santiago del Estero, que introduce una demanda como consecuencia de enfrentar un conflicto con la citada provincia;

(iii) Mobil Argentina SA (ARB/99/1)

Con participación en el *upstream* inicia la demanda ante la tentativa de la provincia de Salta de fijar impuestos sobre los ingresos brutos, y

(iv) Empresa Nacional de Electricidad S. A. (ARB/99/4)

Operando en la provincia del Neuquén, inicia la demanda ante el temor de verse sujeto a nuevos impuestos provinciales.

Lo distintivo de estos últimos tres casos es que la resolución de los mismos surge a partir de un acuerdo entre las partes, a partir de una negociación por vía extrajudicial.

Del conjunto de casos pendientes presentados antes de la ruptura del régimen de convertibilidad tenemos:

(a) Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Vivendi Universal (ARB/97/3)

Un primer caso destacado se vincula con la demanda introducida por la Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Vivendi Universal⁴⁹ (ARB/97/3) ante el CIADI, originada en la ruptura (septiembre, 1997) del contrato de concesión para la prestación del servicio de agua potable y cloacas en la Provincia de Tucumán. Poco después de iniciar sus actividades (julio, 1995) la concesión enfrenta un conflicto tarifario asociado a la validez de incluir tasas provinciales en la tarifa y también un problema de calidad del servicio (detección de magnesio en la principal fuente proveedora de agua). Dados estos hechos, el Estado Provincial (que para ese momento había cambiado de signo político) amenaza con la rescisión del contrato ante lo cual la empresa responde con la aplicación del esquema arbitral internacional respaldándose en el TBI oportunamente firmado con Francia a principios de los años noventa. En una primera instancia el tribunal arbitral falla a favor de la Argentina. Posteriormente, se reabre el caso a partir de una medida interpuesta por la demandante impugnando el fallo.

(b) ENRON Corporation & Ponderosa Assets L.P. (ARB/01/03)

Otro proceso es el protagonizado por Enron Corporation & Ponderosa Assets L.P. (ARB/01/03), accionista de la empresa Transportadora de Gas del Sur (TGS).⁵⁰ La empresa denuncia ante el Tribunal a las provincias de Río Negro y Neuquén por haber introducido —*a posteriori* de la privatización— diversas cargas fiscales (impuesto de sellos), que implicarían una expropiación indirecta.⁵¹ La empresa alega la improcedencia de tales medidas en virtud que en su carácter de productora se encuentra pagando impuestos provinciales como también regalías a las provincias donde se encuentran asentadas sus operaciones de exploración y explotación. A juicio de la empresa, la aplicación de dichos impuestos sobre las operaciones de la transportadora ascenderían, a los 800 millones de dólares, por lo cual deberían ser considerados como ilegales. El gobierno nacional en principio no argumenta a favor de la legalidad del gravamen impuesto,⁵² aunque considera que el monto adeudado sólo influiría en un 1% ó 2% sobre el valor del contrato. En función de este último valor, el gobierno nacional argumenta que la medida no posee un carácter confiscatorio. La única resolución a que ha llegado el Tribunal del CIADI a la fecha se vincula con la aprobación del planteo de jurisdicción.⁵³

(c) CMS Gas Transmission Company (ARB/01/08)

Un tercer caso involucra a CMS (ARB/01/08),⁵⁴ accionista minoritario⁵⁵ (con 29,42% de las acciones) de la empresa Transportadora de Gas del Norte S.A. (TGN). La medida que origina la presentación original ante el CIADI se vincula con la imposibilidad de TGN de ajustar tarifas según lo convenido en el contrato original (indexación de tarifas según índice de precios mayoristas norteamericano (Producer Price Index (PPI)). En el marco recesivo que enfrentaba la economía argentina a fines de la década de 1990, se logra en el mes de enero del año 2000 un acuerdo entre el Ente Nacional de Regulación del Gas (ENARGAS) y las licenciatarias (incluida TGN) destinado a diferir (provisoriamente)⁵⁶ el aumento correspondiente al primer semestre del año. Aunque existió

⁴⁹ Al momento de la privatización, la empresa aún se denominaba Compagnie Générale des Eaux.

⁵⁰ La demandante posee el 35,26% de las acciones de TGS, conformado por su participación en las siguientes sociedades: (a) 27,65% de la Compañía de Inversiones de Energía S.A. (CIESA), (propietaria a su vez del 55,35% de la mencionada transportadora) por medio de dos compañías (EPCA y EACH); (b) 10% de EDIDESA (propiedad mayoritaria de ENRON, con un 75.93%, mediante participaciones de sus controladas: EPCA, EACH y ECIL), y, (c) 0,02% de EPCA.

⁵¹ La demanda será posteriormente ampliada, incorporando los efectos de la devaluación sobre el esquema tarifario de la empresa.

⁵² Según consta en la decisión del CIADI, la postura del gobierno no sólo era crítica sino que sostenía que algunas de las tasas impuestas violaban la Ley Federal de Coparticipación.

⁵³ Dicha decisión ha sido tomada por el Tribunal del CIADI el 14 de enero del 2004 (CIADI, página electrónica).

⁵⁴ En esta sección se analiza la presentación original. A la salida de la convertibilidad, el demandante amplía la causa al reclamar contra la pesificación y desindexación de tarifas, como también por la imposibilidad de transferir divisas al exterior.

⁵⁵ En esta sección se analiza la presentación original. A la salida de la convertibilidad, el demandante amplía la causa al reclamar contra la pesificación y desindexación de tarifas, como también por la imposibilidad de transferir divisas al exterior.

⁵⁶ El acuerdo difería (en forma excepcional y por única vez) el aumento tarifario a partir de enero hasta junio del citado año. Sin embargo, el mismo planteaba que las pérdidas generadas por dicha medida serían recuperadas en los próximos 16 meses siguientes a la conclusión del período.

interés en volver a aplicar el esquema indexatorio por parte del ENARGAS (aunque introduciendo un ajuste menor al real), la medida es cuestionada por el Defensor del Pueblo, para luego ser suspendida por la justicia. El problema se enmarca en la sustentabilidad del esquema de indexación escogido inicialmente (PPI Estados Unidos) con el objetivo de evitar una espiral inflacionaria: el rezago que podían mostrar los precios locales (inflación inercial) eran mayores que los esperados en el mercado norteamericano. Una vez estabilizada la economía, la lógica indicaba la necesidad de volver a ajustar precios sobre la base de indicadores locales, lo cual se torna más evidente cuando la economía comienza el ciclo recesivo y se observa la evolución que muestran las economías argentina y estadounidense a partir del año 1998.

(d) LG&E Energy Corp. (ARB/02/1)

Posteriormente, LG&E inicia también una demanda (ARB/02/1) que puede considerarse como de ampliación a la oportunamente efectuada por CMS.⁵⁷ La demandante, participante también empresa transportista citada, alega la violación de sus derechos adquiridos, a partir de la suspensión del régimen de indexación por PPI, amparándose en el tratado firmado con Estados Unidos.

(e) AZURIX Corp. (ARB/01/12)

El otro de los casos aún pendientes presentado antes del año 2002 fue el introducido por la empresa de origen norteamericano AZURIX Corp. (ARB/01/12) prestadora del servicio de agua y cloacas en la Provincia de Buenos Aires.⁵⁸ La disputa surge en el año 2001 cuando el concedente cuestiona el servicio brindado por la empresa, hecho que desencadena la cancelación del contrato original. Las posturas legales frente a la ruptura contractual difieren en varios aspectos. Mientras el concedente entiende que la misma es de origen contractual, y por lo tanto a resolver en instancias locales (justicia provincial); la empresa entiende que la disputa involucra a una inversión extranjero por lo cual debe resolverse en el marco del CIADI. En este aspecto, la resolución del Tribunal arbitral en materia de jurisdicción⁵⁹ ha favorecido esta última visión.

Del conjunto de presentaciones involucradas en los casos anteriores, destacan aquellas originadas a partir de una ruptura contractual en la industria del agua (Aguas del Aconquija – AZURIX). Aunque en ambos casos, el concedente es un órgano de gobierno provincial (Buenos Aires y Tucumán), la demanda involucra al Estado Nacional en su condición de firmante de los acuerdos internacionales

Una mención especial merece el comportamiento de AZURIX al momento de la licitación. El mismo podría catalogarse como “oportunista” dado que, una vez ganada la misma, la empresa iniciaría la renegociación del contrato. Dicha estrategia no puede considerarse aislada, la presentación de ofertas muy tentadoras (en términos de canon, tarifa propuesta, etc.), a la postre imposibles de cumplir, han mostrado ser esquemas aplicables en numerosas concesiones. En el caso de AZURIX, el proceso de privatización implicaba que el ganador de la licitación debía abonar un canon para obtener la concesión del servicio por 30 años. La empresa deviene ganadora del proceso licitatorio a partir de ofrecer un canon de 438,6 millones de dólares. Una vez iniciada las operaciones, la concesionaria comienza a reconocer las dificultades asociadas con la prestación del servicio, como también de la imposibilidad de generar un flujo de fondos que vuelva rentable la inversión inicial (canon). *A posteriori* se inicia un proceso de renegociación del contrato, cuya resolución no satisface las demandas de la empresa. Dicha indefinición, como una serie de incumplimientos contractuales originada en la concesionaria (según la Provincia) o el concedente

⁵⁷ La demanda es introducida el 31/01/2002, constituyéndose el tribunal arbitral en noviembre del citado año.

⁵⁸ AZURIX formaba parte del grupo ENRON. Aunque a su inicio dicho grupo focalizaba sus operaciones en el sector energético, posteriormente se fortalece en el mercado de futuros de energía, lo cual le permite crecer ampliamente. Sin embargo, gran parte de sus ganancias fueron detectadas como ficticias, lo cual lleva a la empresa a la quiebra.

⁵⁹ La decisión en materia de jurisdicción ha sido tomada por el Tribunal del CIADI el 8 de diciembre del 2003 (decisión disponible en la página electrónica).

(según la empresa), impulsa la ruptura del contrato de concesión, ante lo cual la Provincia reclama a AZURIX el pago de una compensación,⁶⁰ mientras que esta última demanda a la Argentina ante el CIADI.⁶¹ Este último caso, como el evidenciado con Aguas del Aconquija, nos estaría mostrando que no siempre la “tentación” por renegociar contratos surge del Estado, sino que a veces el oportunismo puede originarse también por el lado de la empresa (Guash, Laffont & Straub, 2002).⁶² Por otra parte, los problemas observados muestran también la inviabilidad de otorgar una concesión a la *Demsetz*⁶³ cuando la renegociación no puede impedirse.

En el caso de CMS, la demanda cuestiona el poder regulatorio del Estado, al demandar indemnización si este último introduce modificaciones en el esquema tarifario. Este caso puede considerarse como el más cercano a lo observado en el ámbito del TLCAN donde el marco de protección otorgado al accionista obstruye la capacidad del gobierno de introducir modificaciones —ya sean éstas, regulatorias o legales—. En este sentido, el marco legal (TBI + CIADI) sumado a la poca flexibilidad que mostraba el esquema regulatorio, terminó erosionando la capacidad del Estado en beneficio de los inversores. Estos últimos, alegando la “seguridad jurídica” —estabilidad legal, impiden la introducción de cualquier medida por parte del país receptor. Aún cuando la medida pueda ser cuestionable, en ningún caso puede ser considerada como expropiatoria.

Dos grandes puntos surgen como conclusiones preliminares a esta subsección. En primer lugar, el nivel de conflictividad que muestra el país es muy elevado, lo cual estaría mostrando la persistencia de un alto nivel de discrecionalidad por parte del poder público. De los nueve casos presentados antes de la ruptura del régimen de convertibilidad (4 resueltos y 5 pendientes), la mayoría de éstos han sido originados ante la irrupción de medidas originadas en los gobiernos provinciales. En segundo lugar, si se considera la percepción del común de la gente respecto a las ganancias obtenidas por las empresas privatizadas durante la década de los noventa como la incapacidad del regulador de imponer algún ajuste de precios a la baja, la capacidad reguladora se pone en tela de juicio. Cualquier medida que se hubiera intentado para revertir tal situación (como pudo haber sido la interrupción del esquema de ajuste vía PPI) hubiera sido considerada como expropiatoria, y por lo tanto, judicial. Con relación a este punto valdría preguntarse por las consecuencias que en la Argentina hubiera tenido, tanto para los inversionistas como para la prestación del servicio, la introducción un impuesto extraordinario sobre la renta de las prestadoras (*windfall tax*) como el aplicado por Tony Blair al inicio de su gobierno.

5. Las causas originadas a partir de la ruptura del régimen de convertibilidad

A partir de la devaluación se modifica sustancialmente el esquema contractual que mantenían las empresas privatizadas. En la mayoría de los casos, la irrupción de una grave crisis económicas o un cambio político conlleva el inicio de un proceso de renegociación (Guash, Laffont & Straub, 2002). Sin embargo, en el caso argentino, podría pensarse que la demora en lanzar un proceso de renegociación llevó a que un grupo de empresas modificará su estrategia, iniciando sus reclamos ante los tribunales internacionales.

El común denominador que agrupa a la totalidad de las presentaciones efectuadas a partir del año 2002 se vincula con los efectos de la devaluación sobre los contratos en general y sobre el esquema tarifario en particular (ver cuadro 8).

⁶⁰ La Provincia alega el abandono de la concesión; exigiéndole a la empresa el pago de 640 millones de pesos en concepto de canon, inversiones no honradas y daños (Periódico-Página 12, 2004a).

⁶¹ El monto de la demanda ascendería a los 556 millones de dólares (Periódico, página 12, 2004b).

⁶² El trabajo evalúa los procesos de renegociación (307 casos en el período 1989-2000) en los sectores de Agua y Transporte iniciados en América Latina. Para los casos de Argentina y Colombia, la mayoría de las renegociaciones fueron iniciadas por las prestadoras.

⁶³ Según este autor es factible extraer la renta asociada al monopolista al momento de la licitación.

Un primer grupo involucra a las causas iniciadas por empresas prestadoras de servicios públicos sujetas a regulación en las industrias de agua potable y de desagües de cloaca, electricidad, y gas. En este grupo, la mayoría de las presentaciones plantean los efectos de la Ley 25.561 sobre el esquema tarifario previamente vigente: “pesificación de tarifas” y suspensión del esquema de ajuste en moneda extranjera. La imposibilidad de transferir remesas al exterior también fue objeto de controversia (y demanda), fundamentalmente a inicios del año 2002 cuando se imponen una serie de cláusulas restrictivas en materia cambiaria (posteriormente levantadas).

Cuadro 8

**ARGENTINA POST DEVALUACIÓN: PRINCIPALES
ASPECTOS QUE MOTIVAN LA PRESENTACIÓN DE DEMANDAS ANTE EL
(CIADI)(En Número De Empresas)**

Aspecto	Empresas	Demandantes
Ruptura del contrato	3	Aguas del Aconquija; AZURIX; Siemens
Impuestos Provinciales	1	ENRON
Suspensión del esquema de indexación tarifaria (cláusula de índice de precios mayoristas norteamericano (PPI))	2	CMS; LG&E
Reestructuración empresas prestadoras de servicios públicos (pesificación de tarifas)	15	Sempra; Camuzzi 1; AES; Camuzzi 2; Gas Natural SDG; Aguas Provinciales de Santa Fe; Aguas Cordobesas; Aguas Argentinas; Telefónica; Enersis; EDF 1; EDF 2; AZURIX 2; TOTAL; SAUR
Consecuencias de la pesificación sobre los contratos privados	3	Metalpar; Continental Casualty Co.; CIT Group Inc.
Consecuencias de la pesificación sobre los contratos con el sector público	1	UNYSIS
Retención a las exportaciones	4	Pionner Natural Resources; Pan American Energy; El Paso Energy International Co.; BP American
Total	29	

Fuente: Elaboración propia sobre la base del listado actualizado de casos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), (casos pendientes al 25/03/04).

En la industria del agua, cinco fueron las presentaciones originadas al término del plan de convertibilidad. La particularidad de las mismas se asocia con el hecho que, a excepción de la demanda iniciada por AASA cuya concesión es de origen federal, el resto de las empresas mantienen una relación contractual con los gobiernos provinciales o municipales. Del total de presentaciones, tres han sido iniciadas por la empresa de origen francés Suez, prestador del servicio en las concesiones del área metropolitana, la Provincia de Santa Fe y la ciudad de Córdoba. Las restantes presentaciones ante el CIADI, fueron iniciadas por AZURIX (norteamericana)⁶⁴ y SAUR

⁶⁴ La participación que mantenía esta compañía en OSM fueron vendidas a South Water Argentina, en 1,5 millones de dólares (frente a los 65 millones de dólares que desembolsó originalmente la empresa norteamericana para obtener la concesión). Éste es un

(francesa), involucran a una misma empresa (OSM) proveedora del servicio de agua potable y desagües de cloaca en la Provincia de Mendoza.

Aunque las presentaciones realizadas por empresas reguladas en la industria de la energía (electricidad y gas), involucran demandas iniciadas ante los efectos de la ley de emergencia económica en los negocios regulados; en muchos casos, las citadas presentaciones incluyen otros planteos de queja, esto porque gran parte de las demandantes corresponden a corporaciones operando tanto en sectores regulados como no regulados de la industria. En este último sector, se trata de empresas operando en el sector *upstream* (gas) o generación (electricidad) donde la mayoría de los reclamos se dirigen contra la imposición de restricciones a las exportaciones de crudo (retenciones) como también al congelamiento de contratos que las empresas mantenían con sus clientes (regulados). Dentro de este grupo, uno de los principales reclamos iniciados contra la Argentina tiene su origen en el *holding* de origen francés TotalFinaElf S.A.(ARB/04/01) (Peterson, 2004). La demandante alega la violación del TBI firmado con Francia en relación con sus inversiones en las siguientes industrias: (a) Gas: participación como accionista en TGN,⁶⁵ GasAndes⁶⁶ y Transportadora de Gas MERCOSUR; (b) Electricidad: segmento de generación, participación en Hidroeléctrica Piedra del Águila⁶⁷ y Central Puerto,⁶⁸ sector donde la demandante es un actor relevante, y (c) Petróleo: contratos de exploración y explotación *upstream*.⁶⁹ La demanda alega los efectos que en sus operaciones se generaron a partir de la devaluación, tanto en el sector regulado (congelamiento de tarifas) como desregulado (pesificación de contratos).⁷⁰

Siguiendo con el análisis de casos iniciados por empresas de origen francés, dos han sido las presentaciones efectuadas por la empresa Electricite de France (ARB/03/22 y ARB/03/23) contra el gobierno argentino, ambas asociadas con sus operaciones en el mercado eléctrico, a partir de su presencia en el segmento de distribución de electricidad vía su participación en la Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S. A. (EDENOR) (área metropolitana)⁷¹ y la Empresa Distribuidora de Energía de Mendoza S. A. (EDEMESA) (Provincia de Mendoza).⁷² En correspondencia con el resto de las demandas entabladas por empresas reguladas, ambas presentaciones cuestionan las consecuencias que sobre su estructura tarifaria ha generado la devaluación.

Otro patrón de presentación observado en el sector energético es el originado por aquellas empresas que operan tanto en el sector de la distribución eléctrica, aunque sujetas a regulación provincial, como también en el segmento *upstream* del petróleo (no regulado, aunque afectado por normativas federales). Dentro de este grupo se encuentra la presentación efectuada por Pioneer Natural Resources Company & Otros (ARB/03/12). Con sede en Dallas, Estados Unidos, esta compañía mantiene operaciones en Argentina, básicamente a partir de concesiones de exploración y explotación de hidrocarburos (gas),⁷³ dedicándose también al negocio eléctrico a partir del contrato

grupo de inversores locales quienes intervienen también en las concesiones del servicio de agua en las provincias de Formosa y Santiago del Estero (El Cronista Comercial, 2004a).

⁶⁵ La participación accionaria en Transportadora de Gas del Norte S. A. (TGN), al año 2002 era la siguiente: GASINVEST S. A. 70,44%; CMS Gas Argentina Co. 29,42%; Transcogas Inversora S. A. 0,03%; Compañía General de Combustibles S. A. 0,01%; TOTALFINAELF Gas Transmission Argentina S. A. 0,03%; TOTALFINAELF SA 0,01%; Petronas Argentina S. A. 0,03%; y, TEGAS N. V. 0,04%. Además de las cuotas consignadas para sus distintas sociedades, TOTALFINAELF posee una participación directa del 27,24% en GASINVEST S. A. (ENARGAS, 2002).

⁶⁶ Posee una participación del 56,6%.

⁶⁷ La empresa posee un 41,3% de HidroNeuquén S. A., empresa propietaria de Piedra del Águila.

⁶⁸ La participación de TOTAL como oferente en el mercado de generación alcanza al 15% del Sistema Interconectado Nacional (SIN).

⁶⁹ En el segmento *upstream*, TOTAL opera conjuntamente con Pan American Energy y Wintershall participa en distintas plataformas.

⁷⁰ En este último caso, la demandante alega la imposibilidad de poder cobrar el 100% de la energía entregada a la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMMESA).

⁷¹ EDENOR es una de las empresas encargadas de distribución en el área metropolitana. Conjuntamente con EDESUR y la Empresa de Distribución de La Plata (EDELAP), corresponden a privatizaciones realizadas a nivel nacional, y por tanto se hallan reguladas por el Ente Nacional de Regulación Eléctrica (ENRE). El resto de las distribuidoras, incluida EDEMESA, se hallan reguladas por Entes a escala provincial.

⁷² EDF posee una participación del 23% en EDEMESA, aunque actualmente tendría interés en retirarse de la sociedad (Le Monde, 2003).

⁷³ Pioneer concentra sus actividades en el país en dos áreas: Neuquén (principal) y Austral.

de concesión de electricidad en la Provincia de Tierra del Fuego. Una demanda similar ha sido presentada por El Paso Energy International Company (ARB/03/15), empresa de origen norteamericano que además de participar en el negocio del *upstream* posee intereses en el sector eléctrico en distintas regiones del país. La demanda iniciada por Pan American Energy (ARB/03/13), enmarcada en el TBI firmado oportunamente con Estados Unidos, se asocia con inversiones de la empresa en sectores desregulados —concesiones de exploración y explotación de hidrocarburos, como también por su participación en el segmento regulado. En este último aspecto, la citada empresa cuenta con inversiones en el sector eléctrico (distribución) tanto en la Patagonia como en otras provincias (Salta y La Pampa), y en el sector gas (Gas NEA SA). Un último caso, el presentado por BP American Production Company & otros (ARB/04/4) corresponde a una empresa operando exclusivamente en el mercado *upstream*.

En este último subgrupo, aunque con operaciones en el sector regulado, las presentaciones basan sus reclamos en las pérdidas originadas a partir de la aplicación de:

- Controles de cambio e imposibilidad de girar divisas
- Restricciones a las exportaciones de crudo
- Impuestos provinciales (Río Negro y Neuquén)
- “Pesificación de los depósitos”

Los casos presentados originalmente por Camuzzi se vinculan con las participaciones que dicho grupo mantiene en empresas operando en la industria del gas (ARB/03/2) y electricidad (ARB/03/7), en el marco del tratado firmado con Bélgica-Luxemburgo. La primera presentación fue realizada en beneficio de Camuzzi Gas Pampeana S. A. y Camuzzi Gas del Sur, empresas éstas que se encuentran controladas por Sodigas Pampeana S. A. y Sodigas Sur S. A. respectivamente, sociedades donde Camuzzi Argentina SA mantiene una participación mayoritaria (56,91%). Dado que el otro accionista participando en el capital de Sodigas, Semptra Energy International, previamente había realizado una presentación ante el CIADI (ARB/02/16), Camuzzi acepta agrupar la causa con aquel. La segunda presentación realizada por Camuzzi involucra sus negocios en el sector eléctrico a partir de la participación que esta empresa posee en Empresa Distribuidora de Energía Atlántica (EDEA) (Distribución Provincia de Buenos Aires) y Empresa Distribuidora de Electricidad Río Negro S. A. (EDERSA).

Con relación a las demandas iniciadas por empresas sujetas a regulación pertenecientes a la industria del gas se encuentra la presentación efectuada por Gas Natural SDG (ARB/03/10). Esta multinacional española, subsidiaria de Repsol, mantiene operaciones en los principales países de América Latina (Brasil, Colombia y México). En la Argentina opera en el segmento de distribución del norte de Buenos Aires, siendo accionista mayoritaria (50,4%) en Gas Natural BAN SA.

Las demandas iniciadas por empresas reguladas del sector eléctrico incluye la presentación efectuada por la empresa de origen norteamericano AES Corporation (ARB/02/17). Esta empresa controla a las distribuidoras de energía EDEJ-AP, Empresa Distribuidora de Energía Norte S. A. (EDEN) y Empresa Distribuidora de Energía Sur S. A. (EDES), con operaciones en la provincia de Buenos Aires; como también a las empresas generadoras de electricidad de San Nicolás y Alicurá.

La presentación efectuada por la empresa alemana Siemens (ARB/02/8), se origina en la decisión del gobierno nacional de romper el contrato que mantenía con ésta. La empresa obtiene en el año 1998 un contrato con el Ministerio del Interior para la confección del nuevo documento nacional de identidad. En presencia de fuertes cuestionamientos acerca de la legalidad del contrato, el gobierno de la Alianza decide rescindir el mismo.⁷⁴ Ante esta medida, la empresa demanda al país

⁷⁴ Este hecho (ruptura contractual) diferencia al caso del resto de los evaluados en esta subsección.

ante el CIADI por un monto de 500 millones de dólares, aun cuando el principio de ejecución del mismo tenía un valor aproximado de 90 a 100 millones de dólares.⁷⁵

Otra demanda presentada contra la Argentina es de la empresa norteamericana UNYSIS, proveedora de sistemas informáticos (ARB/03/27) que demanda al Estado por un contrato que mantenía con el Poder Judicial de la Nación que termina siendo pesificado.

Un conjunto de casos se destacan del resto por su atipicidad, dado que las demandas no se originan en presentaciones de empresas reguladas ni por empresas que mantengan alguna relación contractual (directa) con el Estado. En dicho universo está la presentación de Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. (ARB/03/5), empresa originaria de Chile dedicada a la fabricación de carrocerías para vehículos de transporte público. La citada empresa alega ante el CIADI por el cumplimiento de un contrato que pretende cobrar en dólares. Otro caso es el iniciado por Continental Casualty Company (ARB/03/9), compañía de seguros con sede en el Estado de Illinois, Estados Unidos. El reclamo de esta empresa, que en Argentina es propietaria de la empresa CNA Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA, se vincula con la pérdida de valor de su inversión local como también en la imposibilidad de transferir remesas al exterior. Finalmente, está la presentación efectuada por CIT Group Inc (ARB/04/9) –llegada a la Argentina en 1996– empresa norteamericana dedicada a la provisión de servicios financieros y *leasing* de bienes de capital, demanda al país por las pérdidas originadas en la “pesificación” de los contratos que mantiene con sus clientes.

La totalidad de las demandas analizadas previamente han sido realizadas ante el CIADI. Sin embargo, existiría otro conjunto de presentaciones ante otros tribunales internacionales.⁷⁶ En este contexto se inscribe la presentación efectuada por la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión S.A. (TRANSENER) contra la Argentina *a posteriori* de la sanción de la ley de emergencia económica ante el UNCITRAL. Dicha elección se origina en una imposición introducida por el TBI firmado con Gran Bretaña en materia de elección del tribunal internacional (Art. 8, inciso 3 *in fine*), introduciendo a este tribunal como la vía arbitral a elegir en caso de no llegar a un acuerdo en materia de procedimiento. Así, para no depender del demandado, las demandantes optaron pues por este tribunal. En la sociedad demandante participan diversas empresas internacionales incluyendo a la compañía National Grid de origen británico que es quien inicia la demanda cuyo monto asciende a los 151,3 millones de dólares (Peterson, 2003c). Otro caso presentado ante dicho tribunal es el iniciado por MetroGas (distribución de gas), empresa donde British Gas Group mantiene una participación. En este caso, el monto demandado asciende a los 200 millones de dólares.

En cuanto a la estimación del monto reclamado, las cifras no son conclusivas.⁷⁷ Según algunas estimaciones, éstas podrían rondar en alrededor de cuatro mil millones de dólares, mientras que otros plantean que dichos montos estarían alcanzando los 17 mil millones de dólares (ver cuadro 9).⁷⁸

Cuadro 9
MONTOS RECLAMADOS ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES
(En millones de dólares)

Tribunal	Demandante	Monto
CIADI:	Aguas del Aconquija	375,0

⁷⁵ Declaraciones del Dr. Federico Storani, ex-Ministro del Interior bajo el gobierno de la Alianza al diario (El Cronista Comercial, 2003).

⁷⁶ Dado el carácter secreto que presentan estos sistemas, no es posible presentar un listado de casos. Los considerados surgen de fuentes de información indirecta (artículos periodísticos y otros).

⁷⁷ En referencia al punto anterior (transparencia), la información sólo se consigue en forma indirecta (medios de prensa).

⁷⁸ Los montos introducidos surgen de diversa información periodística (Periódicos: *Clarín* y *La Nación*). En virtud del carácter poco transparente del esquema de arbitraje del CIADI, las cifras “oficiales” no se encuentran disponibles para terceros al proceso.

	ENRON	286,0
	CMS Gas Transmission Company	265,0
	AZURIX	566,4
	LG&E Energy	268,0
	Siemens	550,0
	Camuzzi	300,0
	Continental Casualty	45,0
	Pan American Energy	300,0
	TOTAL	1 000,0
	AASA	1 000,0
	Enersis	1 800,0
UNCITRAL:	Metrogas	200,0
	Transener	151,3

Fuente: Diferentes notas en periódicos: El Cronista Comercial, La Nación y *Página 12*; INFOBAE, e Informe del estudio jurídico Beretta Kahale Godoy (2004), (<http://www.bkgfirm.com/web/en/hotnews/hotnewsInfo.php?id=561>).

A modo de síntesis, aun cuando los casos mantienen divergencias, la mayoría de los mismos se inician cuestionando las consecuencias de la devaluación. En este sentido, el principal aspecto a debatir se relaciona con la consideración del carácter de las medidas dictadas por el gobierno, y si las mismas pudiesen permitir activar derechos en materia de compensación. La primera pregunta implicaría evaluar si dichas medidas pueden considerarse como “de emergencia”. Pero, aun considerando que éstas puedan ser catalogadas como extraordinarias, quedaría pendiente el carácter expropiatorio o no de las mismas. En este sentido, dado los efectos negativos que las mismas tuvieron sobre el patrimonio de los inversores, el reclamo de expropiación podría seguir siendo aceptado como válido si las mismas se muestran como definitivas. En caso contrario, si las medidas no “condenan” al inversor (expropiación temporaria), no debieran prosperar.⁷⁹ Aquí es donde interviene el proceso de renegociación.

⁷⁹ En este sentido puede ser instructivo el dictamen alcanzado en el fallo Myers versus Canadá, donde el tribunal rechazó el reclamo de expropiación dado el carácter temporario de la medida introducida por el gobierno.

II. Renegociación y demandas ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones: ¿vías antagónicas?

A. La inconsistencia temporal del esquema regulatorio: tarifas, dolarización y riesgo cambiario

Entre los variados objetivos que persiguió el proceso privatizador iniciado a finales de la década de 1980, la resolución del problema fiscal y la introducción de “señales creíbles” hacia los inversores extranjeros se destacan sobre el resto (Gerchunoff, Greco y Bondorevsky, 2003). Tal como se comentaba al momento de evaluar la política del gobierno en materia de seguridad jurídica a los inversores extranjeros, el objetivo buscado con las señales micro en materia regulatoria era el reforzar el compromiso con la regla macro. En función de la especificidad de las inversiones y del hecho de encontrarse sujetas a regulación, los accionistas en empresas prestadoras de servicios públicos se sentían expuestos a un fuerte oportunismo por parte del concedente. A fuerza de ofrecer un ambiente confiable y seguro, los derechos otorgados a los inversores a través de leyes y normas contractuales terminaron minando la

posibilidad de adaptación contractual ante el surgimiento de una contingencia no prevista.

Al marco normativo aplicable a las empresas del sector (leyes, regulaciones específicas, etc.) los inversores extranjeros vieron adicionados derechos originados en los TBI firmados por la Argentina (ver sección anterior).

De esta forma, los inversores extranjeros gozaban de un alto grado de seguridad jurídica, aunque *a posteriori* la misma mostraría un carácter relativo. El conjunto de restricciones (auto)impuestas por el gobierno (normativa + tratados) tenía como propósito resolver problemas de compromiso, tratando de minimizar la posibilidad de renegociación de los contratos con las empresas privatizadas. La magnitud del compromiso volvía costosa cualquier modificación, por más necesaria que la misma hubiera sido. Por otra parte, bien podría argumentarse que este tipo de medidas estaban en concordancia con los aportes originados en la teoría de contratos: a partir del diseño regulatorio, el regulador tenía claro que no era posible una nueva renegociación. Así, en la medida que el gobierno pudiera brindar contratos completos, se estaría eliminando (o al menos, minimizando) el problema de la renegociación contractual (Laffont & Tirole, 1993).⁸⁰

Un primer aspecto distintivo del esquema regulador vigente en la Argentina durante la vigencia del régimen de convertibilidad se asocia con la fijación de tarifas en moneda extranjera (dolarización). En forma paralela, también se establece que las tarifas serán ajustadas tomando como referencia a los índices de precios de Estados Unidos (generales o particulares, según el caso). Finalmente, en concordancia con el criterio seguido al momento de fijar tarifas, los activos de la empresa (Base Tarifaria)⁸¹ muestran también un esquema dolarizado.⁸² La fijación de un esquema de contratos en dólares tenía como principal objetivo asegurar a los inversores extranjeros la rentabilidad de sus inversiones.

El problema con la introducción de este tipo de esquemas se evidenció cuando se presentaron riesgos imposibles de contractualizar previamente. Un primer caso se evidenció con la alteración en los precios relativos entre Argentina y Estados Unidos, la indexación basada en índices estadounidenses dejaba de ser funcional. El problema con tal esquema surgiría con la apreciación del tipo de cambio y por el (fuerte) diferencial positivo que se empezaba a observar entre la inflación norteamericana y la local. Sin embargo, cualquier alternativa pensada para modificar el esquema de indexación enseguida chocaba contra las restricciones legales en vigencia, como lo demuestra el caso CMS: ante el menor intento de cambiar la regulación, los inversores se escudaban en los derechos consagrados en el marco normativo original, bajo amenaza de iniciar demandas ante los tribunales internacionales.

Un segundo caso de imprevisión se originaría con la devaluación. Un contrato pautado en moneda extranjera, originalmente pensado para perdurar por tiempo indefinido (período de concesión), no preveía la posibilidad de una modificación del sistema.⁸³ Sin embargo, a diferencia del caso anterior, en éste la magnitud del cambio tornaba económicamente viable a la renegociación: el costo de mantener el esquema original se volvía prohibitivo para el gobierno. En este momento se vuelve evidente la inviabilidad del esquema de contratos completos implícito en la regulación de las empresas privatizadas: la realidad mostró que los mismos eran “intrínsecamente incompletos” (Laffont, 2001; Navajas, 2004). Con la devaluación se evidencia la inconsistencia del esquema original mostrándose insostenible el mantenimiento de la regla tarifaria original. Esta ruptura en las reglas origina el “vendaval” de presentaciones ante el CIADI.

⁸⁰ En otras palabras, resulta asequible hallar un contrato que minimice el problema regulatorio —falta de compromiso que afecta sobre el nivel de inversiones comprometido. Sin embargo, el grado de “completitud” del contrato dependerá críticamente del contexto donde éste se firme (Guash, Laffont & Straub; 2002).

⁸¹ También denominada como Base de Capital Regulado (BCR), ésta comprende al conjunto de activos de la empresa, incluyendo tanto a los activos originales como a las inversiones adicionales realizadas por esta.

⁸² Es importante destacar que el criterio de valuación elegido fue financiero. El principal objetivo perseguido con la introducción de este criterio se vincula con mantener inalterado el valor invertido en la firma por los inversores.

⁸³ La única alternativa consistente con el esquema contractual pautado se asociaba con la dolarización (total) de la economía.

B. Renegociación como alternativa a la disputa: algunas consideraciones

Una vez abandonada la paridad cambiaria en enero de 2002 se tornó insostenible la regla de ajuste tarifario original. Las opciones que enfrentaba el gobierno implicaban la no renegociación, manteniendo el esquema original (dolarizado) o rompiendo la regla sin más (pesificación sin ajuste); o bien aceptar la modificación de reglas, a partir del rediseño de un nuevo esquema contractual. La primera alternativa puede considerarse como inviable, dado que ni el gobierno podría aceptarla si la misma significase el mantenimiento del esquema original, ni las empresas la aceptarían en caso de contratos pesificados sin renegociación.⁸⁴ De esta forma, la renegociación contractual es la única alternativa que puede considerarse como razonable.

En un principio, la estrategia perseguida por la Argentina en materia de renegociación contractual implicaba que las empresas privatizadas debían desconocer sus demandas ante los tribunales internacionales para así poder comenzar a discutir los contratos. Dicha postura se vio posteriormente modificada, aceptando el gobierno que las empresas mantuvieran sus demandas al momento de iniciar la renegociación. La única condición introducida por el gobierno para iniciar el diálogo se asociaba con la suspensión de las acciones mientras se desarrolle dicho proceso de renegociación. En este sentido, se inscribe el acuerdo alcanzado entre el Gobierno Nacional y Aguas Argentinas, donde la empresa acepta “suspender” sus acciones ante el CIADI por un período determinado (seis meses). La estrategia de suspender las acciones durante el período de renegociación pareciera amparar las posturas de ambas partes, como también resultar lógica: si la negociación por tarifas fracasa, la empresa retomaría su demanda.

Otro aspecto que formaba parte de la estrategia inicial del gobierno, incluido en la Ley 25.651, era el carácter global de la discusión con las privatizadas. Al momento de renegociar, el gobierno no sólo iba a considerar aspectos tarifarios (retraso, método de ajuste alternativo, etc.) sino también el grado de cumplimiento contractual que habían mostrado las empresas durante los noventa (calidad, nivel de inversiones, etc.).

En lo que respecta a la estrategia del gobierno, el caso CMS resulta relevante dado su grado de avance judicial, siendo el primero donde la Argentina ha fijado una postura orgánica en materia arbitral. A diferencia del resto de las presentaciones efectuadas por la Procuración del Tesoro ante el CIADI, las cuales versaron sobre la jurisdicción, la contestación del caso puede considerarse como una primera aproximación acerca del esquema de defensa que esgrimirá la Argentina ante las presentaciones efectuadas con motivo de la pesificación. En términos generales, la estrategia seguida por el país implicó un rechazo masivo acerca de la viabilidad de la presentación. En este sentido, la presentación cuestiona, entre otros aspectos:

- El carácter de accionista minoritario del demandante
- La inviabilidad de cuestionar las decisiones soberanas
- La necesidad de agotar las instancias jurídicas locales

La primer acción estratégica seguida por el país ante la mayoría de las presentaciones efectuadas fue cuestionar la jurisdicción de éste en la disputa del caso. Las decisiones en la materia mostrarían la inoperabilidad de la citada estrategia: los tribunales arbitrales vienen aceptando su jurisdicción en los casos presentados contra la Argentina.

Como parte de su estrategia, el Estado argumenta también que los inversores extranjeros primero deben dirigirse a los tribunales locales para después acceder a los tribunales internacionales. Esta última opción sólo es factible en la medida que los inversores se vieron

⁸⁴ Aún cuando las firmas podrían (en el corto plazo) cubrir sus costos operativos, el esquema no puede considerarse viable.

despojados del debido proceso en la instancia local. Sin embargo, a partir del TBI suscrito con Francia dicha estrategia podría considerarse como “dominada”, dado que dicho tratado permite a los inversores acudir directamente a los tribunales arbitrales internacionales. En función de esta opción el interés por iniciar la demanda a nivel local puede considerarse inexistente. Desde otra perspectiva, el planteo del gobierno sólo podría entenderse como un medio para extender los plazos de la disputa, período en el cual podría avanzar en el proceso de renegociación contractual.

Respecto al cuestionamiento del gobierno en materia del carácter del inversor, la desconsideración del accionista minoritario como sujeto de derecho carecería de fundamento. En primer lugar, en la mayoría de los TBI firmados por Argentina, entre ellos el firmado con Estados Unidos a inicios de los noventa, presentan una definición amplia del concepto reconociendo el derecho a demandar ante los tribunales internacionales al mero tenedor de acciones. En segundo lugar, los antecedentes en la materia, aunque no resulten vinculantes bajo el esquema arbitral en cuestión, son favorables a este tipo de presentaciones (caso Lanco). En definitiva, el planteo argentino respecto al carácter del demandante puede considerarse también “estrictamente dominado” en términos del “juego de renegociación y disputa” en que se encuentra inmerso.

Del conjunto de argumentos sostenidos por la Procuración del Tesoro, restaría evaluar la conveniencia del planteo referido a la emergencia económica. *A priori* este aspecto parecería como el único que podría ser aceptado, dado su reconocimiento en la mayoría de TBI firmados por el país como por la práctica internacional, y por ende enmarcar la disputa.

El reconocimiento de una emergencia no implica el desconocimiento de los derechos de los inversores, ni tampoco el reconocimiento de las pérdidas que éstos afrontaron al momento de la devaluación. En este último aspecto, uno de los puntos centrales a debatir en la renegociación se vincula con el riesgo cambiario y las decisiones de endeudamiento de la empresa. El modelo vigente en los años noventa transfería dicho riesgo al gobierno, dado que contractualmente éste garantizaba a las empresas un flujo de ingresos en dólares. Sin embargo, dicho esquema se vuelve inviable en presencia de una fuerte devaluación (Gray & Irwin, 2003b). En este sentido, no es posible responsabilizar al Estado por el endeudamiento contraído por las empresas en el exterior. La decisión de tomar préstamos o de usar fondos propios para cumplir con las inversiones comprometidas corresponde al riesgo empresario normal, por lo que ningún tratado debe ser utilizado como medio para evadir riesgos, como el cambiario.

Con relación a los derechos de los inversores, ésta es un área donde puede plantearse una estrategia diferente. En esta instancia se vuelve relevante la discusión acerca de la Base de Capital Regulada (BCR), cuáles son los activos de la empresa y cómo se evalúan los mismos. El criterio originalmente adoptado fue uno de tipo financiero,⁸⁵ cuyo objetivo se asociaba con mantener invariable el aporte de los accionistas. Independientemente de la conveniencia de tal criterio,⁸⁶ el mantenimiento del mismo resultaría hoy conveniente: los activos del sector estarían sujetos a una “quita” tal como lo estuvieron otros inversores en sectores comparables (M. Rodríguez Pardina, 2002; S. Urbizondo, 2003). Dicha “quita” debería reflejar la pérdida financiera que mostraron otros inversores con la ruptura de la convertibilidad y la devaluación. El monto a resignar por la empresa debería ser tal que permitiera a ésta obtener a futuro una ganancia “justa y razonable” como también mostrar un criterio no discriminatorio. Cualquiera de las propuestas esbozadas se adaptarían a los requerimientos de la legislación sectoriales en Gas (Art. 38, Ley 24.076)⁸⁷ y Electricidad (Art. 41,

⁸⁵ Los esquemas de valuación aplicables se diferencian en dos grandes grupos: contables-financieros y costos de reposición. Este segundo enfoque presenta ciertas ventajas, aunque también conlleva grandes costos (asociados básicamente con una mayor incertidumbre) (Greco y Stanley, 2004).

⁸⁶ La aplicación del criterio financiero puede considerarse como acertada al momento de la privatización. Si el criterio adoptado hubiera sido el de reposición, se hubiera reconocido una mayor BCR, generando así una renta extraordinaria para los inversionistas. El mismo fenómeno se observó en Gran Bretaña al momento de la privatización, razón por la cual también se optó por un criterio financiero (valor de mercado).

⁸⁷ Según dicho artículo, las tarifas de transporte y distribución deben satisfacer el criterio de proporcionar ingresos suficientes para cubrir los costos de operación, amortización de activos y una tasa de retorno sobre el capital invertido considerada razonable,

Ley 24.065).⁸⁸ La ventaja del enfoque reside en su sencillez: la renegociación no tendría que centrarse en analizar las necesidades de capital a futuro ni evaluar la *performance* de la empresa en el pasado. Contrariamente, si el esquema de valuación adoptado es uno de tipo real (costo de reposición), la determinación del nivel de activos necesarios para el desempeño futuro involucraría evaluar la inversión pasada, lo cual vuelve más complejo al proceso de renegociación.

La modificación de la base de capital no es novedosa en materia regulatoria. En la práctica norteamericana, la fijación del criterio de valuación se encuentra actualmente en manos de las comisiones regulatorias estatales, quienes (mayoritariamente) han optado por un criterio de tipo histórico o valor de libros. Sin embargo, históricamente la determinación había sido potestad de la justicia, bajo cuya instancia la resolución del tema distaba de mostrar un carácter homogéneo hasta mediados del siglo pasado. La misma falta de coherencia en la materia ha sido observada en Gran Bretaña después de la privatización. En este caso, a la falta de consenso sobre cómo medir la base de capital de la empresa se suma al desinterés por el tema que mostraban aquellos encargados de la regulación. Independientemente del criterio finalmente elegido, ambos casos muestran el carácter (relativamente) flexible que enmarca la mayor parte de las decisiones regulatorias (Grout, P. y A. Jenkins, 2001). En términos comparativos, el objetivo perseguido por el regulador ha sido el mantener una BCR que permita a la empresa (operando eficientemente) obtener ganancias “justas y razonables”, aunque esto implique modificar el criterio de evaluación utilizado.

En cuanto a la empresa, la aceptación de la propuesta dependerá de su interés en mantener sus negocios en el país. Es bien sabido que la presentación de la demanda actuó como una especie de “amenaza” ante la incertidumbre que reinaba al momento de la crisis. El mantenimiento de las mismas se asocia con el objetivo de minimizar el riesgo de expropiación (indirecta) que podría generarse durante el proceso de renegociación. Por ello que las empresas no estuvieran dispuestas a “levantar” las demandas hasta que dicho proceso se encuentre finalizado.

En definitiva, más que cuestionar globalmente la política de los años noventa, lo cual puede ser loable desde un punto de vista académico pero poco práctico desde una postura negociadora (dado que los tratados se encuentran vigentes), una estrategia viable implicaría demostrar la incapacidad del gobierno de mantener las reglas originales (contratos en dólares, ajuste de tarifas sobre la base de índices foráneos, etc.) centrando su defensa en el concepto de emergencia nacional. Para las empresas operando en sectores regulados, la solución implicaría reconocer un nuevo escenario en materia de ingresos (tarifas, base de capital) que permita obtener una rentabilidad “justa y razonable” a futuro. Desde el punto de vista de la empresa, la aceptación de la oferta implicaría reconocer una pérdida (en dólares) respecto a la situación previa, aceptable como tal si su objetivo es mantenerse en la prestación del servicio. Respecto a las demandas presentadas por las empresas operando en el sector desregulado de la industria, la solución pasaría por restablecer un mecanismo de fijación de precios lo más “libre y transparente” posible. Las nuevas medidas introducidas por el gobierno (sendero de precios, ampliación del mercado de compra mayorista, etc.) permitirían restablecer tales condiciones en el futuro próximo. La disputa quedaría relegada a los costos que las medidas tuvieron en los balances de la empresa durante la vigencia de la crisis, aunque las mismas podrían ser fácilmente renegociadas a partir de la voluntad de las partes. A favor del gobierno jugaría el interés de las empresas del sector en mantenerse en calidad de “jugadores activos”, en lugar de abrir nuevas disputas.

entendiendo por esto último una tasa similar a la obtenida por industrias con niveles de riesgo similares y teniendo en cuenta las ganancias de eficiencia y un adecuado servicio de suministro.

⁸⁸ El citado artículo establece: Las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán posibilitar una razonable tasa de rentabilidad, a aquellas empresas que operen con eficiencia. Asimismo, la tasa deberá: (a) guardar relación con el grado de eficiencia y eficacia operativa de la empresa, y (b) ser similar, como promedio de la industria, a la de otras actividades de riesgo similar o comparable nacional e internacionalmente.

Conclusiones

Lo expuesto hasta aquí muestra los profundos cambios que ha observado el esquema de promoción y protección de las inversiones desde mediados del siglo pasado. Aunque con matices, se puede sostener que la mayoría de los países receptores de IED pasaron de una postura crítica a otra acrítica sin escalas intermedias. En rigor de verdad, dicha transformación no surgió espontáneamente sino que se generó a partir de la urgencia: con el avance tecnológico y las restricciones de financiamiento que mostraban estos países a partir de los años ochenta, la experiencia autónoma se volvía cada vez más difícil de sostener. Ambos factores hicieron que la mayoría de los países en desarrollo se despojaron de sus preconcepciones acerca de las empresas transnacionales y comenzarán a enviar “señales” de bienvenida. En este contexto, la firma de TBI y la adhesión al CIADI se transforman en instrumentos para introducir confianza y credibilidad entre los inversores foráneos.

Sin embargo, no son pocos quienes plantean que los acuerdos de promoción y protección de inversiones surgidos en los años noventa, si bien necesarios como señal ante los inversores extranjeros, han ido muy lejos. En otras palabras, a partir de los TBI los inversores extranjeros comienzan a limitar seriamente las decisiones “soberanas” de los Estados receptores.⁸⁹ Dichos acuerdos dejaron de ser una instancia de “último resorte” ante el surgimiento de problemas por parte de los inversionistas para convertirse en una vía rápida de resolver la disputa con los Estados receptores.

⁸⁹ Waelde (1999), plantea que los abogados están comenzando a invocar a los TBI (como forma de presionar) en las negociaciones ante los gobiernos.

La amplia difusión que mostró el esquema de acuerdos bilaterales en los años noventa generó (indirectamente) la apertura de una “caja de Pandora” en materia de disputa arbitral.

Paradójicamente, quienes mayores reparos ponen a este tipo de acuerdos se encuentran en Estados Unidos, país donde son varios los sectores (políticos,⁹⁰ académicos, sociedad civil, ONG, medios periodísticos,⁹¹ etc.) que comienzan a cuestionar la operatividad de este tipo de esquemas como también la injerencia del sistema de resolución de controversias vigente por sobre las decisiones locales (regulatorias o jurídicas). Con la implosión de fallos por causas iniciadas bajo el capítulo XI del TLCAN, son varios los casos observados donde las demandas no reflejan sólo aspectos comerciales sino que las mismas disputan la soberanía del Estado receptor en su capacidad de ejercer políticas públicas (rol de regulador del Estado) (Peterson, 2002).

A la hora de firmar un tratado, un problema poco analizado por la literatura ha sido el grado de asimetría que muestran los distintos signatarios en materia de poder de negociación. Por otra parte, es reconocida la tensión por la presencia de intereses contrapuestos entre países “receptores” y “exportadores” de inversión. Ante el surgimiento de “efectos colaterales”, fundamentalmente originados por la demanda de las inversiones en el Área de Libre Comercio de América del Norte (ALCAN),⁹² una serie de estudios han comenzado a cuestionar ambos aspectos. Lo anterior se asocia con el dilema que enfrentan los países receptores ante la firma de un tratado donde el otorgamiento de mayores incentivos a la IED puede implicar *a posteriori* una debilitación no deseada en la capacidad de actuación en materia de políticas públicas. En este sentido, el sesgo pro inversor que muestran algunos de los conceptos introducidos ha generado no poca controversia. El desafío a futuro sería alcanzar un balance apropiado entre la defensa de los derechos de los inversores y sus obligaciones, y entre intereses privados y bienes públicos.

Con el transcurso del tiempo se observa un cambio de objetivos en materia de IED, tendiendo a vincular a las inversiones en un marco de desarrollo sustentable. Este cambio no sólo proviene de sectores académicos sino —particularmente— de la sociedad civil (ONG) que comienza a inquietarse ante el sesgo que muestra la ola iniciada a fines de los ochenta. Este cambio de actitud también es observado en los nuevos TBI firmados recientemente por Estados Unidos,⁹³ como también en la influencia que estos tópicos comienzan a mostrar en las negociaciones del ALCA.⁹⁴

En materia de lineamientos, los principales puntos a considerar se asocian con:

- Otorgar una mayor transparencia a las instancias de arbitraje
- Permitir una mayor participación de los actores sociales (ONG) como también del resto de las partes involucradas en el conflicto (gobierno a nivel local, provincial o estadual). En este sentido, dicha instancia podría generarse por medio de la introducción de la cláusula *amicus curiae* (amigos de la corte).⁹⁵
- Modificar el esquema de arbitraje, permitiendo el agrupamiento de causas similares.

⁹⁰ En su momento, el senador John Kerry (actualmente candidato presidencial por el Partido Demócrata) impulsó una “enmienda”, posteriormente derrotada en el Senado por la mayoría republicana, por la cual se impedía a las corporaciones extranjeras enjuiciar a Estados Unidos basándose en acuerdos multilaterales como el TLCAN (*El Cronista Comercial*, 2004b).

⁹¹ Con relación al capítulo XI del TLCAN (The New York Times, 2002) planteaba lo siguiente: “*Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments can lead to national laws being revoked and environmental regulations changed. And it is all in the name of protecting investors under TLCAN*”.

⁹² Dicho capítulo se introduce como parte del Tratado de Libre Comercio de los países de América del Norte (TLCAN) firmado en 1994 entre Canadá, Estados Unidos y México.

⁹³ Los TBI firmados por Estados Unidos con Chile, Singapore y Centroamérica incluyen cláusulas en este sentido.

⁹⁴ En este sentido, en la ronda de negociaciones del ALCA los países consensuaron que el mecanismo de resolución de controversias sea de Estado a Estado, lo cual implica que los inversores no podrán denunciar a los estados. Brasil llevó esta postura a la mesa de negociaciones y la mantuvo como inamovible.

⁹⁵ Esta es una institución del *common law* que permite la intromisión en la causa a los afectados por la misma. Bajo el CIADI, dicha participación es permitida si existe el consentimiento de ambas partes. Los mecanismos de resolución de disputa alternativos son más cerrados (Peterson, 2002).

- Con relación al concepto de expropiaciones, debería tenderse a un consenso respecto a que significa el mismo. Frente a la diáspora actual, y ante el poder que exhiben los inversionistas, quienes bajo el concepto de *regulatory takings* desafían cualquier medida iniciada por el gobierno.
- Lograr una mayor equidad entre las partes firmantes del tratado. Este punto se relaciona con tratar de solucionar el dilema que se presenta en la actualidad, donde las instancias jurídicas vigentes han generado un sesgo anti-regulatorio.
- Es necesario que los nuevos tratados modifiquen su sesgo actual, que impide al gobierno de modificar y/o introducir (nuevas) reglamentaciones. La preeminencia del inversor ha generado una especie de inmunidad contractual: si el Estado desea introducir alguna nueva política, sólo debe prever cuanto le estará costando la misma.

La situación particular en materia de conflictos que enfrenta la Argentina a partir de la ruptura del régimen de convertibilidad hace que la mayor parte de las demandas presenten causales similares. La imposibilidad de mantener el esquema anterior (dolarización) implica la necesidad de renegociar una salida alternativa: en la medida que la misma sea creíble por los inversores, será posible destrabar la mayor parte de los conflictos presentes.

Con relación a las decisiones tomadas por en los años noventa en materia de reglas e instituciones, la postura no puede ser menos que crítica. Las señales fueron introducidas con una lógica de corto plazo, sin considerar las consecuencias estratégicas que la imposición de restricciones podría generar al momento que el esquema de convertibilidad no pudiera mantenerse como factible. Los costos originados en el tramado de reglas y normativas a las que adhiere el país, por los derechos que éstos garantizan a los inversores, surgirían con la devaluación. En términos estrictamente legales se podría decir que los reclamos de los inversores se encuentran sustentados. Sin embargo, desde una visión económica, tales reclamos son incumplibles: la situación de emergencia por la que atravesó el país requería de medidas excepcionales. El dilema pasa por encontrar una solución (a acordar en la renegociación) que considerando ambas visiones (legal y económica) resulte viable para ambas partes.

A pesar de las críticas introducidas a las reglas e instituciones introducidas esto no implica una defensa de la flexibilidad como norma. Es necesario tener en cuenta la sustentabilidad de ambas en el largo plazo, para lo cual se vuelve imprescindible reconsiderar el esquema de asociación óptimo al que puede tenderse a futuro. En este sentido, la jerarquización de las instituciones locales podría también considerarse como política a seguir, tanto en materia judicial como de políticas públicas. La reducción del riesgo político como también de aquel asociado a la regulación es beneficioso para el país, no sólo por qué permite la atracción de inversiones foráneas sino también porque también estaría otorgando un “trato igualitario” a quienes hoy se ven carentes de tales derechos. En otras palabras, la fijación de reglas como su cumplimiento debería formar parte de la agenda del desarrollo para así atraer capitales, básicamente de los inversores locales que hoy los mantienen fuera de las fronteras nacionales.

Bibliografía

- Alford, Roger (2000), The Proliferation of International Courts and Tribunals; International Adjudication in Ascendance, American Society of International Law, abril.
- BM (Banco Mundial) (2002), Global Economic Prospects and the Developing Countries, Washington DC, (<http://www.worldbank.org>).
- Bosh, J. (2003), “La Renegociación de los Contratos Públicos y los conflictos con las Inversiones Extranjeras”, *El Derecho*, agosto.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2002), “La inversión extranjera en América Latina y el Caribe”, *Informe Anual*, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, Naciones Unidas.
- (2001), “La inversión extranjera en América Latina y el Caribe”, *Informe Anual*, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, Naciones Unidas.
- Chang, Ha-Joon y D. Green (2003), “The Northern WTO Agenda on Investment: Do as we say; not as we did” South Centre, Catholic Agency for Overseas Development (CAFOD).
- Chudnovsky, D., A. Lopez y, F. Porta (1994), “La nueva inversión extranjera directa en la Argentina: Privatizaciones, Mercado Interno e Integración Regional”, Centro de Investigaciones para la Transformación (CENIT), *Documento de Trabajo* Nº 15.
- CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)), (s/fecha), “Bilateral Investment Treaties and International Arbitration”, Carvalho de Freitas e Ferreira, (<http://www.worldbank.org/icsid/>).

- Echeverría, J. (2004), "Who will decide for Us?" *Legal Times*, vol. XXVII N° 10, semana del 8 de marzo.
- (2003), Changes in the Investor, State Litigation Process as a result of the Chile and Singapore Trade Agreements, Georgetown Environmental Law & Policy Institute.
- (2002), "Regulatory Takings Claims Under International Trade Agreements", presentación efectuada en la Conferencia Anual de Fiscales del Oeste, Monterrey, California.
- ENARGAS (Ente Nacional de Regulación del Gas) (ENARGAS) (s/fecha), (<http://www.enargas.gov.ar/>).
- (2002), Informe de participación accionaria en Transportadora de Gas del Norte S.A. (TGN).
- ENRE (Ente Nacional de Regulación Eléctrica) (s/fecha), (<http://www.enre.gov.ar/>).
- Gerchunoff, P., E. Greco y D. Bondorevsky (2003), "Comienzos diversos, distintas trayectorias y final abierto: más de una década de privatizaciones en Argentina, 1990-2002", CEPAL, *Serie Gestión Pública* N° 34.
- Gray, P. y T. Irwin (2003a), "Exchange Rate Risk: Reviewing the Record for Private Infrastructure Contrats", The World Bank Group, *Private Sector Note* N° 262.
- (2003b), "Exchange Rate Risk: Exchange Rate Risk in Private Infrastructure Projects", The World Bank Group, *Private Sector Note* N° 266.
- Greco, E. y L. Stanley (2004), "La determinación de la Base de Capital en las Empresas Reguladas y su incidencia en el proceso de renegociación" (borrador), trabajo presentado en las jornadas de Balance del Proceso de Transformación de los servicios de infraestructura en la República Argentina, organizada por la Fundación FINES.
- Grout, P. y A. Jenkins (2001), Regulatory Opportunism and Asset Valuation: Evidence from the US Supreme Court and UK Regulation, CMPO, *Working Paper Series* N 1/38.
- Guash, J. L., J. J. Laffont y S. Straub (2002), "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America", Social Science Research Network (SSRN) Electronic Journal (http://papers.ssrn.com/abstract_id=340580).
- Hallward-Driemeier, M. (2003), "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit... and they could bite", World Bank, Development Economics Research Group (DECRG).
- Hart, O. (1995), "Firms, Contracts and Financial Structure", *Clarendon Lectures in Economics*, Clarendon Press, Oxford.
- IISD/RIIA (Instituto Internacional por el Desarrollo Sustentable/Royal Institute of International Affairs) (2003), "Investment, Doha and the WTO", *Background Paper* preparado para la reunión del Chatham House, Trade and Sustainable Development Priorities Post-Doha, Londres, 7-8 de abril.
- (2002), Foreign Investment: Making it Work for Sustainable Development, *Background Paper* preparado dentro del proyecto Newly Independent States WTO/NCSD Project, (<http://www.iisd.org>).
- IISD-WWF (Instituto Internacional por el Desarrollo Sustentable-World Wide Fund) (2001), Derechos Privados, Problemas Públicos: Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas.
- INFOLEG (Información Legislativa) (s/fecha), Legislación Argentina: Centro de Documentación e Información del Ministerio de Economía, (servicio de información legislativa: leyes, decretos, resoluciones), (<http://www.infoleg.gov.ar/>).
- Kurtz, J. (2002), "A General Investment Agreement in the WTO?" Lessons from Chapter 11 of TLCAN and the OECD Multilateral Agreement on Investment, Jean Monnet *Working Paper* 6/02.
- Kydland, E. y E. Prescott (1977), "Rules rather than Discretion: The inconsistency of Optimal Plans", *Journal of Political Economy*.
- Laffont, Jean Jacques (2001), "Enforcement, Regulation and Development", Institut d'Économie Industrielle (IDEI) *Working Paper*.
- Laffont, J. J. y J. Tirole (1993), A Theory of Incentives in Procurement and Regulation, The Massachusetts Institute of Technology (MIT) Press.
- Mann, H. (2003), "Never-Never Land or Real Progress?", The Free Trade Commission Statements of October 7 on NAFTA, capítulo XI, documento CIADI.
- Mann, H. y K. von Moltke (2002), La protección de los derechos de los inversionistas y del bienestar público: Evaluación del capítulo XI del TLCAN, documento antecedente para los talleres realizados en Ciudad de México, Ottawa y Washington, IISD, (<http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop>).
- Mann, H. y M. Araya (2001), An Investment Regime for the Americas: Challenges and Opportunities for Sustainability, Yale Center for Environmental Law and Policy.
- McKee, M. (2004), "Skirting the Law: under TLCAN, foreign companies can avoid American Courts", *The Recorder*, 24 de febrero.

- Navajas, F. (2004), Reformas en el sector de infraestructura en la Argentina, algunos comentarios, presentación para el Proyecto Balance del Proceso de Transformación de los servicios de infraestructura en la República Argentina, FIDES.
- Noodt Taquela, M. B. (2000), *El arbitraje en Argentina*, Libro editado por el Centro de Conciliación y Arbitraje/Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio.
- Obadia, E. (2002), "Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Sigues", Trabajo presentado para la Conferencia de la Asociación Arbitral Suiza en Tratados de Inversión y Arbitraje, CIADI, Zurich, 25 de enero, en: *News from ICSID*, vol. 18 N° 29.
- OEA (Organización de Estados Americanos) (s/fecha), Tratados de Cooperación entre la República Argentina y Terceros Estados, Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE) (<http://www.sice.oas.org/defaults.asp>).
- OSM (Obras Sanitarias Mendoza S.A.) (s/fecha), (<http://www.osm.com.ar/>), (<http://www.cofes.org.ar/socios/OSMZA.htm>).
- Panolo, S. (2003), "La protección de las Empresas Privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)", *Revista La Ley*.
- Parra, A. (2000), "ICSID and Bilateral Investment Treaties", CIADI, *News from ICSID*, Primavera 2000, vol. 17 N° 1.
- (1997), Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment, CIADI, *News from ICSID*, vol. 12 N° 2.
- Periódico-*El Cronista Comercial* (2004a), artículo sobre la industria del agua en Argentina, 13 de enero.
- (2004b), artículo sobre los TBI en EE.UU., 5 de febrero.
- (2003), artículo sobre la demanda de Siemens al gobierno argentino, 9 de diciembre.
- Periódico-*Le Monde* (2003), artículo sobre la demanda de EDF contra el gobierno argentino, 14 de septiembre.
- Periódico-*Página 12* (2004a), artículo sobre AZURIX Corp., 26 de abril.
- (2004b), Suplemento CASH, artículo sobre AZURIX Corp., 23 de mayo.
- Periódico-*The New York Times* (2002), cita referente al capítulo XI del TLCAN, 11 de marzo.
- Peterson, Luke (2004), "French water and energy firms mount treaty arbitrations against Argentina at ICSID" (director) *Invest, SD News Bulletin*, 6 de febrero.
- (2003a), "Brazil Remains Wary of International Investment Rules", *Invest SD News Bulletin*, publicación periódica del CIADI, varios números, 2 de junio, (<http://www.iisd.org/investment/invest-sd/>).
- (2003b), Research Note: Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development.
- (2003c), Analisis de: "Argentine faces treaty claims launched under UNCITRAL rules" en *Invest SD News Bulletin*, 18 de julio.
- (2003e), "Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Threats to Sustainable Development", en *Allies or Antagonists? Investment, Sustainable Development and the WTO*, The Heinrich Böll Foundation North America.
- (2002), "All Roads Lead Out of Rome: Divergent Paths of Dispute Settlement in Bilateral Investment Treaties", preparado en el marco del proyecto International Sustainable and Ethical Investment Rules Project (Fundación ECOS; Nautilus Institute, globalization & governance program; CIADI; Singapore Institute of International Affairs).
- (2001), Changing Investment Protection Bit by BIT (Bilateral Investment Agreement), publicado en *Bridges Between Trade and Sustainable Development* 5, N° 4, mayo.
- Public Citizen - Friends of the Earth (2001), "Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy", Lessons for Fast Track and the Free Trade Area of the Americas (TLCAN), capítulo XI.
- República Argentina: Procuración del Tesoro de la Nación (2003), Memorial de Contestación de la República Argentina ante el CIADI en el Caso N° ARB/01/8 "CMS Gas Transmission Company versus República Argentina.
- Rodríguez Pardina, M. (2002), "La renegociación de los Contratos de Concesión en el Sector Energético: Consideraciones sobre el Equilibrio de Largo Plazo", mimeo.
- Rossati, H. (2003), "Los Tratados Bilaterales de Inversión, el Arbitraje Internacional Obligatorio y el Sistema Constitucional Argentino", *Revista La Ley*.
- Schreuer, C. (2000), "The World Bank/ICSID Dispute Settlement Procedures", exposición en la Conferencia "Foreign Direct Investment in South East Europe: Implementing Best Policy Practices", Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Gobierno de Austria.
- Singh, Ajit (2001), "Foreign Direct Investment and International Agreements: A South Perspective. Trade-Related Agenda", Development and Equity (T.R.A.D.E.), *Occasional Paper* 6.

- Singh, Ajit, Alaka Singh y Bruce Weisse (2002), *Corporate Governance, Competition, the New International Financial Architecture and Large Corporations in Emerging Markets*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, *Working Paper* N° 250.
- Singh, Kavaljit (2003), "Issues, Implications and Illutions of a Multilateral Investment Agreement in the WTO", en *Allies or Antagonists? Investment, Sustainable Development and the WTO*, The Heinrich Böll Foundation North America.
- Siseles, O. (2003), "Los Tratados de Protección de las Inversiones Extranjeras. Eficacia de los mismos", Presentación en el Seminario sobre "La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina: El caso Argentino", Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, España.
- Sorensen, N. (2001), "Bilateral Investment Treaties and Disputes", Instituto de Agricultura y Política Comercial, Programa sobre Globalización, (http://www.tradeobservatory.org/library/uploadedfiles/Bilateral_Treaties_and_Disputes.htm).
- Tissue, D., M. Botto y V. Delich (2003), "Las Negociaciones Comerciales Internacionales: Contexto para la Estrategia Argentina", en *¿Por qué Sucedió: Las causas económicas de la reciente crisis argentina*; C. Bruno y D. Chudnovsky (comp.), publicación de Editorial Siglo XXI de Argentina, CENIT.
- TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) (1992-firma, 1994-vigencia), Acuerdo entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. Puede ser obtenido (vía Internet) por distintas fuentes, como la página electrónica de la OEA, Sistema de Información sobre Comercio Exterior, (http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/INDICE2.asp).
- ___ (1994), "Capítulo XI del TLCAN.
- UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)) (2003a), "FDI Policies for Development: National and International Perspectivas", *World Investment Report (WIR)*, New York.
- ___ (2003b), Series on issues in International Investment Agreements:
- "Dispute Settlement: State-State".
 - "Dispute Settlement: Investor-State".
- ___ (2001), "Host Country Operational Measures", Series on issues in International Investment Agreements.
- ___ (2000), "Taking of Property", Series on issues in International Investment Agreements.
- ___ (1999a), "Most-Favoured-Nation Treatment", Series on issues in International Investment Agreements.
- ___ (1999b), "Fair and Equitable Treatment", Series on issues in International Investment Agreements.
- ___ (1999c), Series on issues in International Investment Agreement:
- "Admission and Establishment";
 - "Lessons from the MAI";
 - "Scope and Definition";
 - "Trends in International Agreements: An Overview".
- Urbiztondo, S. (2003), "Renegotiation with Public Utilities in Argentina: analysis and proposal", FIEL, *Documento de Trabajo* N° 77.
- von Moltke, K. (2000), "Investment Regime? Issues of Sustanaibility", documento IISD.
- Waelde, Thomas (1999), (Director del Centro en Derecho de la Energía, Petróleo y Minerales de la Universidad de Dundee), "International Treaties and Regulatory Risk: The Effectiveness of International Law Disciplines, Rules and Treaties in reducing the Political and Regulatory Risk for Private Investments in Developing Countries", Seminario: Private Infrastructure for Development: Confronting Political and Regulatory Risks, Roma, septiembre.

Anexos

Anexo 1

TBI-CIADI: ASPECTOS GENERALES - ARGENTINA: SITUACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE DEMANDAS

Cuadro 1-a
ARGENTINA DEMANDADA
 (En número de casos)

Según momento de la presentación	Resueltos	Pendientes	Totales
Durante la vigencia del régimen de convertibilidad	4	5	8
Posterior a la ruptura del régimen de convertibilidad	No	26	27
Total	4	31	35

Según Tribunal Arbitral interviniente	Régimen de convertibilidad		Totales
	En vigencia del mismo	Posterior a la ruptura del mismo	
CIADI	9	24	33
UNCITRAL	No	2	2
Total	8	26	35

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) e información periodística, 2004.

Nota: La presentación efectuada por LG&E, aunque realizada *a posteriori* de la ruptura del régimen de convertibilidad, se origina en la discontinuación del régimen de indexación de tarifas pautado (Producer Price Index (PPI) norteamericano).

Cuadro 1-b
ARGENTINA: DEMANDAS ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE
ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI): CASOS RESUELTOS

Orden	Caso N°	Empresa	Sector o industria	TBI firmados con	Regulación	Provincia involucrada	Aspecto distintivo
1	ARB/97/6	Lanco International Inc.	Puertos: Terminal portuario Buenos Aires	s/d	Sí	Ninguna	Reconocimiento del accionista minoritario
2	ARB/98/1	Houston Industry Energy & Others	Electricidad - Distribución	EE.UU	Sí	Santiago del Estero	Fijación de impuestos provinciales; Resolución extrajudicial
3	ARB/99/1	Mobil Argentina S. A.	Upstream	EE.UU	No	Salta	Fijación de impuestos provinciales; Resolución extrajudicial
4	ARB/99/4	Empresa Nacional de Electricidad S. A. (ENDESA)	Electricidad	Chile	Sí	Neuquén	Fijación de impuestos provinciales; Resolución extrajudicial

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos extraídos de la página electrónica del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>).

Cuadro 1-c

**DEMANDAS QUE ENFRENTA ARGENTINA ANTE LOS
TRIBUNALES INTERNACIONALES (CIADI Y UNCITRAL): CASOS PENDIENTES**

Orden	Caso N° ARB:	Empresa	Sector o industria	Fecha		TBI firmados con	Regulación	Provincia involucrada	Jurisdicción	Estado actual
				Registro de la demanda	Constitución del tribunal					
Demandas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI):										
1 ^a	97/3	Cía. de Aguas del Aconquija S.A.; Vivendi Universal	Agua: Concesión	17/02/1997	01/12/1997	Francia	Sí: Provincial	Tucumán	Reconocida	Tribunal arbitral fallo en 1° instancia a favor de Argentina; Vivendi pidió la anulación de lo actuado.
2 ^b	01/3	ENRON Corp.; Ponderosa Assets, L.P	Gas: Transporte	11/04/2001	01/11/2001	EE.UU.	-	Rio Negro; Neuquén	Reconocida	Caso Testigo; Tribunal determinó suspender la demanda por ocho meses
3 ^c	01/8	CMS Gas Transmission Co.	Gas: Transporte	24/08/2001	11/01/2002	EE.UU.	Sí: Nacional	-	Reconocida	Caso Testigo; Partes presentaron alegatos; Pendiente de resolución final
4 ^a	01/12	AZURIX Corp	Agua: Concesión	23/10/2001	08/04/2002	EE.UU.	Sí: Provincial	Buenos Aires	Reconocida	12/02/2004 Argentina presenta memorial de contestación sobre el fondo de la diferencia
5 ^c	02/1	LG&E Energy Corp.; LG&E Capital Corp.; LG&E Int. Inc.	Gas: Distribución	31/01/2002	13/11/2002	EE.UU.	Sí: Nacional	-	Reconocida	29/12/2003 Argentina solicita suspensión del procedimiento, lo que es observado por los demandantes (8/01/2004)
6 ^d	02/8	Siemens A.G.	Servicios informáticos: Contrato con sector público	17/07/2002	19/12/2002	Alemania	No	-	Pendiente	Audiencia sobre jurisdicción (3-4/02/2004)
7 ^e	02/16	Sempra Energy Int.	Gas: Producción y Distribución	06/12/2002	05/05/2003	EE.UU.	No: Regulación Nacional	-	Pendiente	Caso Testigo; - Demandante decide con unificar causa (Sempra-Camuzzi)
8 ^e	03/2	Camuzzi Int. S.A.	Gas: Producción y Distribución	27/02/2003	05/05/2003	Bélgica-Luxemburgo	No: Regulación Nacional	-	Pendiente	Caso Testigo; Demandante decide con unificar causa (Sempra-Camuzzi)
9 ^e	02/17	AES Corp.	Electricidad: Generación y Distribución	19/12/2002	03/06/2003	EE.UU.	No: Regulación Provincial	Buenos Aires	Pendiente	Argentina presenta excepciones a la jurisdicción (5/01/2004), suspendiéndose el procedimiento de fondo; Demandantes presentan memorial sobre jurisdicción (20/02/2004)
10 ^f	03/5	Metalpar S.A.; Buen Aire S.A.	Automotriz: Autopartes	07/04/2003	26/09/2003	Chile	No	-	Pendiente	13/11/2003 Primera sesión

Cuadro 1-c (continuación)

Orden	Caso N° ARB:	Empresa	Sector o industria	Fecha		TBI firmados con	Regulación	Provincia involucrada	Jurisdicción	Estado actual
				Registro de la demanda	Constitución del tribunal					
11 ^e	03/7	Camuzzi Int. S.A.	Electricidad: Distribución y Transporte	23/04/2003	07/10/2003	Bélgica- Luxemburgo	No: Regulación Nacional	-	Pendiente	6/02/2004 Argentina presenta excepciones a la jurisdicción
12 ^g	03/9	Continental Casualty Co.	Empresa de Seguros	22/05/2003	06/10/2003	EE.UU.	No	-	Pendiente	29/01/2004 Primera sesión
13 ^e	03/10	Gas Natural SDG, S.A.	Gas: Producción y Distribución	29/05/2003	10/11/2003	España	No: Regulación Nacional	-	Pendiente	10/03/2004 primera sesión
14 ^h	03/12	Pioneer Natural Resources Co.; Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A.; Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A.	Concesiones petroleras y de electricidad	05/06/2003	n/c	EE.UU.	No: Regulación Provincial	Tierra del Fuego	Pendiente	En proceso de constitución (falta designar presidente del tribunal)
15 ^h	03/13	Pan American Energy LLC; BP Argentina Exploration Co.	Concesiones petroleras y de electricidad	06/06/2003	06/02/2004	EE.UU.	No: Regulación Provincial	Tierra del Fuego; Sta. Cruz; Chubut; Río Negro; Neuquén; La Pampa; Salta	Pendiente	Tribunal recientemente constituido (sin mayores avances en la causa)
16 ^h	03/15	El Paso Energy Int. Co.	Concesiones petroleras y de electricidad	12/06/2003	06/02/2004	EE.UU.	No: Regulación Provincial	-	Pendiente	Tribunal recientemente constituido (sin mayores avances en la causa)
17 ⁱ	03/17	Aguas Provinciales de Santa Fe S.A.; Suez; Soc. Gral. de Aguas de Barcelona S.A.; Interagua Servicios Integrales de Agua S.A.	Agua: Concesión	17/07/2003	17/02/2004	Francia	Sí: Provincial	Córdoba	Pendiente	Tribunal recientemente constituido (sin mayores avances en la causa)
18 ⁱ	03/18	Aguas Cordobesas S.A.; Suez; Soc. Gral. de Aguas de Barcelona, S.A.	Agua: Concesión	17/07/2003	17/02/2004	Francia	Sí: Provincial	Santa Fe	Pendiente	Tribunal recientemente constituido (sin mayores avances en la causa)
19 ⁱ	03/19	Aguas Argentinas S.A.; Suez; Soc. Gral. de Aguas de Barcelona S.A.; Vivendi Universal S.A.	Agua: Concesión	17/07/2003	17/02/2004	Francia	Sí: Nacional	-	Pendiente	Caso Testigo; Acuerdo con el Gobierno Nacional para suspender la causa hasta fin de año
20 ⁱ	03/20	Telefónica S.A.	Telecomu- nicaciones	21/07/2003		España	Sí: Nacional	-	Pendiente	Tribunal en proceso de formación
21 ^e	03/21	Enersis S.A.; Otros	Electricidad: Distribución	22/07/2003	21/01/2004	España	Sí: Nacional	-	Pendiente	Tribunal recientemente constituido (sin mayores avances en la causa)
22 ^e	03/22	Electricidad Argentina S.A.; EDF Int. S.A.	Electricidad - Distribución	12/08/2003	n/c	Francia	Sí: Nacional	-	Pendiente	Tribunal en proceso de formación

Cuadro 1-c (conclusión)

Orden	Caso N° ARB:	Empresa	Sector o industria	Fecha		TBI firmados con	Regulación	Provincia involucrada	Jurisdicción	Estado actual
				Registro de la demanda	Constitución del tribunal					
23 ^e	03/23	EDF Int. S.A., SAUR Int. S.A.; León Participaciones Argentinas S.A.	Electricidad: Distribución	12/08/2003	n/c	Francia	Sí: Provincial	Mendoza	Pendiente	Tribunal en proceso de formación
24 ^d	03/27	Unisys Corporation	Proyecto informático	15/10/2003	n/c	EE.UU.	No	-	Pendiente	Tribunal en proceso de formación
25 ⁱ	03/30	AZURIX Corp.	Agua: Concesión	08/12/2003	n/c	EE.UU.	Sí: Provincial	Mendoza	Pendiente	Tribunal en proceso de formación
26 ⁱ	04/1	TOTAL S.A.	Gas: Producción y Distribución Energía: Proyecto de generación	22/01/2004	n/c	Francia	No	-	Pendiente	Tribunal en proceso de formación
27 ^g	04/4	SAUR Int.	Agua: Concesión	27/01/2004	n/c	Francia	Sí - Provincial	Mendoza	Pendiente	Tribunal en proceso de formación
28 ^g	04/8	BP America Production Co.; Others	Petróleo: Concesión Energía: Proyecto de generación	27/02/2004	n/c	EE.UU.	No	-	Pendiente	Tribunal en proceso de formación
29 ^j	04/9	CIT Group Inc.	Empresa de Leasing	27/02/2004	n/c	EE.UU.	No	-	Pendiente	Tribunal en proceso de formación
Demandas ante la United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)										
1	S/N	Transener	Electricidad - Transporte	s/d	s/d	Gran Bretaña	Sí	No	-	Pendiente
2	S/N	Metrogas	Gas - Distribución	s/d	s/d	Gran Bretaña	Sí	No	-	Pendiente

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos extraídos de la página electrónica del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>).

Nota: Principales reclamos:

^a Ruptura contractual

^b Aplicación de impuestos a los sellos (provincia)

^c Suspensión de la cláusula de ajuste acordada; Posteriormente se amplía la demanda

^d Incumplimiento contractual

^e Suspensión de la cláusula de ajuste acordada; imposibilidad de calcular tarifa en dólares; Imposibilidad de transferir remesas al exterior

^f Afectación de la ruptura de la convertibilidad sobre los contratos privados

^g Pérdida en valor de la inversión por los efectos de la ley de emergencia económica; Imposibilidad de transferir remesas al exterior

^h Pesificación de depósitos; aplicación de controles de cambio; Imposibilidad de transferir remesas; Aplicación de restricciones a las exportaciones de crudo; Aplicación de impuestos de sellos (provincias); Imposibilidad de deducir ciertos impuestos

ⁱ Imposibilidad de aplicar el mecanismo de cálculos de tarifas preacordados (pesificación de tarifas y suspensión de cláusulas de ajuste basadas en parámetros internacionales)

^j Discriminación en la aplicación de las medidas de emergencia económica

Cuadro 1-d

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI) EN AMÉRICA LATINA:
ESTADOS CONTRATANTES Y SIGNATARIOS DEL CONVENIO (AL 03/11/2003)**

País	Firma	Depósito del instrumento de ratificación	Entrada en vigor del Convenio
Argentina	21/05/91	19/10/94	18/11/94
Bolivia	03/05/91	23/06/95	23/07/95
Chile	25/01/91	24/09/91	24/10/91
Colombia	18/05/93	15/07/97	14/08/97
Costa Rica	29/09/81	27/04/93	27/05/93
Ecuador	15/01/86	15/01/86	14/02/86
El Salvador	09/06/82	06/03/84	05/04/84
Guatemala	09/11/95	21/01/03	20/02/03
Guyana	03/07/69	11/07/69	10/08/69
Haití	30/01/85	-	-
Honduras	28/05/86	14/02/89	16/03/89
Nicaragua	04/02/94	20/03/95	19/04/95
Panamá	22/11/95	08/04/96	08/05/96
Paraguay	27/07/81	07/01/83	06/02/83
Perú	04/09/91	09/08/93	08/09/93
Uruguay	28/05/92	09/08/00	08/09/00
Venezuela	18/08/93	02/05/95	01/06/95

Fuente: Banco Mundial (<http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>).

Nota: Los Estados que figuran en esta lista han firmado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados en las fechas que se indican. Salvo en el caso de Haití, el resto de los Estados signatarios de la región han depositado instrumentos de ratificación y se han incluido las fechas en que efectuaron dicho depósito y en que pasaron a ser Estados Contratantes en virtud de la entrada en vigor del Convenio para cada uno de ellos.

Cuadro 1-e

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBI) FIRMADOS POR ARGENTINA

País	Firma del convenio	Aprobación	Entrada en vigencia
Alemania	Abr 1991	Ley 24.098	Nov 1993
Argelia	Nov 2000	Ley 25.538	s/d
Armenia	Abr 1993	Ley 24.395	Dic 1994
Australia	Ago 1995	Ley 24.728	Nov 1996
Austria	Ago 1992	Ley 24.328	Ene 1995
Bélgica - Luxemburgo	Jun 1990	Ley 24.123	Ago 1992
Bolivia	Mar 1994	Ley 24.458	May 1995
Brasil (a)	Feb 1996	Ley 25.035	Oct 1998
Bulgaria	Sep 1993	Ley 24.401	Nov 1994
Canadá	Nov 1991	Ley 24.125	Abr 1993
Chile	Ago 1991	Ley 24.342	Ene 1995
China (b)	Nov 1992	Ley 24.096	Jun 1994
Corea del Sur	May 1994	Ley 24.682	Ago 1996
Costa Rica	May 1997	Ley 25.319	Ago 1999
Croacia	Dic 1994	Ley 24.563	Sep 1995
Cuba	Nov 1995	Ley 24.770	Feb 1997
Dinamarca	Nov 1992	Ley 24.397	Ene 1995

Cuadro 1-e (conclusión)

País	Firma del convenio	Abrogación	Entrada en vigencia
Ecuador	Feb 1994	Ley 24.459	Dic 1995
Egipto	May 1992	Ley 24.248	Dic 1993
El Salvador	May 1996	Ley 25.023	Sep 1998
España	Oct 1991	Ley 24.118	Sep 1992
Estados Unidos (c)	Nov 1991	Ley 24.124	Oct 1994
Finlandia	Nov 1993	Ley 24.614	Dic 1995
Filipinas	Sep 1999	Ley 25.481	s/d
Francia	Jul 1991	Ley 24.100	Mar 1993
Gran Bretaña	Dic 1990	Ley 24.128	Feb 1993
Guatemala	Abr 1998	Ley 25.350	s/d
Holanda	Oct 1992	Ley 24.352	Oct 1994
Hungría	Mar 1993	Ley 24.335	Jun 1994
India	Ago 1999	Ley 25.540	s/d
Indonesia	Nov 1995	Ley 24.814	Abr 1997
Israel	Jun 1995	Ley 24.771	Feb 1997
Italia	May 1990	Ley 24.122	Oct 1993
Jamaica	Feb 1994	Ley 24.549	Sep 1995
Lituania	Mar 1996	Ley 24.984	Jun 1998
Malasia	Sep 1994	Ley 24.613	Dic 1995
Marruecos	Jun 1996	Ley 24.890	Nov 1997
México	Nov 1996	Ley 24.972	May 1998
Nueva Zelandia	Ago 1999	Ley 25.539	s/d
Panamá	May 1996	Ley 24.971	May 1998
Perú	Nov 1994	Ley 24.680	Ago 1996
Polonia	Jul 1991	Ley 24.101	Sep 1992
Portugal	Oct 1994	Ley 24.593	Nov 1995
República Checa	Sep 1996	Ley 24.983	Jun 1998
Rumania	Jul 1993	Ley 24.456	May 1995
Rusia	Jun 1998	Ley 25.353	s/d
Senegal	Abr 1993	Ley 24.396	Nov 1994
Sudáfrica	Jul 1998	Ley 25.352	s/d
Suecia	Nov 1991	Ley 24.117	Sep 1992
Suiza	Abr 1991	Ley 24.099	Nov 1992
Tailandia	Feb 2000	Ley 25.532	s/d
Túnez	Jun 1992	Ley 24.394	Ene 1995
Turquía	May 1992	Ley 24.340	May 1995
Ucrania	Ago 1995	Ley 24.681	Ago 1996
Venezuela	Nov 1993	Ley 24.457	Jul 1993
Vietnam	Jun 1996	Ley 24.778	Feb 1997

Fuente: CIADI (<http://www.worldbank.org/icsid/>), (datos no actualizados); Ministerio de Economía-INFOLEG (textos legales de los acuerdos); Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (datos no actualizados); *El arbitraje en Argentina*, Libro editado por el Centro de Conciliación y Arbitraje/Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, M. B. Noodt Taquela (2000); "Los Tratados Bilaterales de Inversión, el Arbitraje Internacional Obligatorio y el Sistema Constitucional Argentino", *Revista La Ley*, Rosatti (2003).

Nota: Aclaración general: Salvo referencia particular, la fórmula introducida en la mayoría de los tratados es: "Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones".

^a En este caso no se trata de un TBI propiamente dicho. Lo firmado es un acuerdo sobre facilitación de actividades empresariales.

^b En el caso del tratado firmado con China, el mismo se refiere a un acuerdo para promover la formación de empresas binacionales.

^c En este caso, *a posteriori* del tratado se firma un Convenio Modificatorio (Ley 24.356; Ago-94).

Cuadro 1-f

CONFLICTIVIDAD EN EL RESTO DE AMÉRICA LATINA (EXCEPTO MÉXICO): CASOS RESUELTOS

N°	Caso ARB:	Empresa	País	Sujeto de la disputa - Industria	Año de registro
1	74/2	Alcoa Minerals of Jamaica Inc.	Jamaica	Mina de bauxita	1974
2	74/3	Kaiser Bauxite Co.	Jamaica	Mina de bauxita	1974
3	74/4	Reynolds Jamaica Mines Ltd. Reynolds Metals Co.	Jamaica	Mina de bauxita	1974
4	96/1	Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A.	Costa Rica	Valuación de tenencia de tierras	1996
5	96/3	Fedax N.V.	Venezuela	Instrumentos de deuda	1996
6	98/5	Eudoro A. Olguín	Paraguay	Empresa alimenticia	1998
7	98/6	Compagnie Minière Internationale Or S.A.	Perú	Proyecto de Minería	1998
8	99/8	Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S.A.	Honduras	Contrato de rehabilitación de carreteras	1999
9	00/3	GRAD Associates, P.A	Venezuela	Contrato para la construcción y modernización de penitenciarías	2000
10	00/5	Autopista Concesionada de Venezuela, C.A.	Venezuela	Contrato para la construcción de autopistas	2000
11	01/7	MTD Equity Sdn. Bhd.; MTD Chile S.A.	Chile	Construcción de un complejo residencial y comercial	2001
12	01/9	Booker plc	Guyana	Instrumentos de deuda	2001
13	01/10	Repsol YPF de Ecuador S.A	Ecuador	Contrato de exploración petrolera	2001

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos extraídos de la página electrónica del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>).

Cuadro 1-g

CONFLICTIVIDAD EN EL RESTO DE AMÉRICA LATINA (EXCEPTO MÉXICO): CASOS PENDIENTES

N°	Caso ARB:	Empresa	País	Sujeto de la disputa - Industria	Año de registro
1	98/2	Víctor Pey Casado; President Allende Foundation	Chile	Empresa editorial	1998
2	02/3	Aguas del Tunari S.A.	Bolivia	Empresa concesionaria de agua y cloacas	2002
3	02/10	IBM World Trade Corp.	Ecuador	Contrato de servicios informáticos	2002
4	03/4	Lucchetti S.A. Lucchetti Perú, S.A.	Perú	Fábrica de pastas	2003
5	03/6	M.C.I. Power Group L.C. New Turbine, Inc.	Ecuador	Proyecto de generación eléctrica	2003
6	03/26	Inceysa Vallisoletana S.L.	El Salvador	Empresa dedicada a la inspección de motores de vehículos	2003
7	03/28	Duke Energy Int. Perú Investments N° 1 Ltd.	Perú	Proyecto de generación eléctrica	2003
8	04/7	Sociedad Anónima Eduardo Vieira	Chile	Compañía pesquera	2004

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos extraídos de la página electrónica del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (<http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>).

Cuadro 1-h

**CONFLICTIVIDAD EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE
LOS PAÍSES DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN): CASOS CONTRA CANADÁ ANTE EL
TRIBUNAL DE LA UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL)**
(En millones de dólares)

Inversor - Demandante	Monto de la demanda	Tipo de empresa	Principales aspectos
ETHYL	201,0	Química	Desafía regulación ambiental (TLCAN aditiva MMT)
S. D. MYERS	20,0	Tratamiento de residuos	Objeta la prohibición de exportar PCB, previsto en el acuerdo multilateral en materia ambiental
POPE & TALBOT	381,0	Maderera	Desafía regulación nacional - Objeta la forma en que se implementó el Acuerdo entre Canadá - EE.UU. (Softwood Lumber Agreement)
SUN BELT	10,5	Agua	Desafía regulación local en materia de exportación de agua a granel
UPS	160,0	Servicio de correo (etafeta/courrier)	Objeta la ventaja que tendría el operador local a partir de la presencia de subsidios
KETCHAM	19,5	Maderera	Desafía regulación nacional - Objeta la forma en que se implementó el Acuerdo entre Canadá - EE.UU. (Softwood Lumber Agreement)

Fuente: Fuente: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI); Instituto Internacional por el Desarrollo Sustentable (IISD), Gobierno de los Estados Unidos de América (<http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>), 2004.

Nota: Estados Unidos es el país de origen del inversor.

Cuadro 1-i

**CONFLICTIVIDAD EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO
DE LOS PAÍSES DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN): CASOS CONTRA ESTADOS UNIDOS, 2004**
(En millones de dólares)

Inversor - Demandante	Tribunal	Monto de la demanda	Tipo de empresa	Principales aspectos
LOEWEN	CIADI	725	Conglomerado - Funerarias	Desafía condena del jurado local
METHANEX	UNCITRAL	970	Química	Objeta medida Estatal de prohibir un aditivo de TLCAN (MTBE), el cual se encontraría contaminando el agua potable
Canfor Corporation	UNCITRAL	250	Compañía Forestal	Objeta la imposición de derechos <i>anti-dumping</i>
Tembec Inc. <i>et al.</i>	UNCITRAL	200	Compañía Forestal	Objeta la imposición de derechos <i>anti-dumping</i>
Terminal Forest Product Ltd.	UNCITRAL	90	Compañía Forestal	Objeta la imposición de derechos <i>anti-dumping</i>
Glamis Gold Ltd.	UNCITRAL	50	Empresa minera	Cuestiona medida impuesta por el Estado de California afectando a sus operaciones a cielo abierto
Grand River Enterprises Six Nations Ltd.	UNCITRAL	340	Industria del Tabaco	Cuestiona un acuerdo alcanzado por las empresas tabacaleras estadounidenses con una serie de fiscales

Cuadro 1-i (conclusión)

Inversor - Demandante	Tribunal	Monto de la demanda	Tipo de empresa	Principales aspectos
MONDEV	CIADI	50	Inmobiliaria - Real Estate Development	Desafía decisión de la justicia local que fija inmunidad soberana del gobierno local
Kennex Ltd.	UNCITRAL	20	Empresa produce, comercializa y distribuye productos derivados de la marihuana	Objeta regulación. Interpretación del acta de substancias controladas
ADF Group	CIADI	90	Acero	Desafía la regulación "Buy America"

Fuente: Fuente: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI); Instituto Internacional por el Desarrollo Sustentable (IISD), Gobierno de los Estados Unidos de América (<http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>), 2004.

Nota: Canadá es el país de origen del inversor.

Cuadro 1-j

**CONFLICTIVIDAD EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO
DE LOS PAÍSES DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN): CASOS CONTRA MÉXICO**
(En millones de dólares)

Inversor - Demandante	Tribunal	Monto de la demanda	Tipo de empresa	Principales aspectos
METALCLAD	CIADI	90,0	Tratamiento de residuos	Desafía denegación municipal de otorgar permiso para construir; Declaración del gobierno de zona ecológica
AZINIAN y otros	CIADI	19,0	Tratamiento de residuos	Desafía decisión justicia local revocando un contrato en los suburbios de la ciudad de México
Waste Management	CIADI	60,0	Tratamiento de residuos	Desafía decisión justicia local revocando un contrato en la ciudad de Acapulco
Corn Products Int.	CIADI	325,0	Inversión en planta jarabe de frutuosa	Rechaza la introducción de nuevos impuestos
KARPA	CIADI	50,0	Exportador de cigarrillos	Rechaza la aplicación de impuestos
Robert J. Frank	UNCITRAL	1,5	Ciudadano norteamericano	Reclama indemnización contra la expropiación que fue objeto
Gami Investment Inc.	UNCITRAL	27,0	Accionista minoritario en una compañía productora de azúcar	Decreto gobierno destinado a revitalizar la industria, lo afecta
Int. Thunderbird Gaming Co.	UNCITRAL	100,0	Compañía de entretenimientos	Objeta regulación en la materia
Fireman's Fund	CIADI	50,0	Aseguradora. Seguros Personales y de Negocios	Objeta decisión gubernamental que impide la compra de <i>debentures</i> en moneda extranjera
ADAMS y otros	UNCITRAL	75,0	Inmobiliaria - Real State Development	Desafía la decisión del gobierno respecto a la utilización de las tierras

Fuente: Fuente: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI); Instituto Internacional por el Desarrollo Sustentable (IISD), Gobierno de los Estados Unidos de América (<http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>), 2004.

Nota: Estados Unidos es el país de origen del inversor.

Anexo 2

EL PROCESO DE RENEGOCIACIÓN

La génesis del proceso de renegociación se inicia con la sanción de la Ley 25.561 (Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario). Dicha ley dedicó un capítulo especial a los contratos públicos, para los cuales dispuso:

- Dejar sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar u otras divisas extranjeras y las cláusulas de ajuste basadas en índices de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio;
- Los precios o tarifas de estos contratos se pesifican;
- Se autoriza al Poder Ejecutivo Nacional (PEN) a renegociar estos contratos.

Por otra parte, en la misma se prevé que en la renegociación debían tenerse presente los siguientes criterios:

- (a) El impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos;
- (b) La calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente;
- (c) El interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios;
- (d) La seguridad de los sistemas comprendidos; y
- (e) La rentabilidad de las empresas.

Posteriormente se dicta el Decreto 293/02, el cual encomienda al Ministerio de Economía (ME) llevar adelante la renegociación. Con dicho objetivo, fija pautas que debían tenerse en cuenta y crea la Comisión de Renegociación en el ámbito del citado ministerio.

En marzo del 2002, la Resolución ME del 20/2002 aprobó las normas de procedimiento, fijando como objetivo primario y alcance de la renegociación:

“procurar, en la medida de las posibilidades y con el criterio de sacrificio compartido, adecuar de común acuerdo los contratos de concesión o de licencia, durante el período de emergencia y hasta tanto sea superada dicha situación, sin introducir cambios estructurales, a efectos de preservar la vida del Contrato y las condiciones originalmente pactadas con miras a su restablecimiento futuro”.

La Comisión de Renegociación entendió pues, que el alcance de su tarea debía remitirse a palear la evolución de las tarifas durante la emergencia económica. Esta resolución divide al proceso de renegociación en 4 fases:

- Fase 1:** Acercamiento de las partes y fijación de la metodología a seguir
- Fase 2:** Entrega de las guías y presentaciones de las empresas
- Fase 3:** Análisis de la información y propuestas presentadas por las empresas y discusión sobre las soluciones a adoptar
- Fase 4:** Firma de los acuerdos y elevación al ME

Completada la Fase 1, se debía agrupar a las empresas por tipos de contratos (industrias) para facilitar el seguimiento de las tareas a realizar.

El plazo de 120 días no pudo cumplirse por lo que se sanciona el Decreto 1839/02, el cual extiende el período de renegociación por 120 días hábiles. Vencido dicho plazo (febrero, 2003), era posible prorrogar el vencimiento por otros 60 días hábiles adicionales.

Con la ascensión del nuevo gobierno se dicta el Decreto 311/03 con el objeto de reencauzar el proceso de renegociación. Esta norma crea la Unidad de Renegociación y Análisis de los Contratos de Servicios Públicos en el ámbito de los Ministerios de Economía y Ministerios de

Planificación Federal, Inversiones Públicas y Servicios. La unidad tiene como objetivo adicional, además de la renegociación contractual, la elaboración de un Proyecto de Marco Regulatorio General para los Servicios Públicos.

Dada la cantidad de presentaciones efectuadas, el gobierno nacional determina la creación de dos instituciones en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación:

- El Consejo Federal de Negociaciones Amistosas (CFNA), con la misión de definir lineamientos y estrategias del Estado Argentino y aprobar las propuestas en los procesos de negociaciones amistosas derivados de controversias planteadas por inversores extranjeros. El CFNA define los lineamientos de negociación, fija la estrategia a seguir.
- La Unidad de Gestión de Negociaciones Amistosas (UGNA), que tendrá a su cargo gestionar de oficio la etapa de las negociaciones amistosas en las controversias en materia de inversión extranjera prevista en los Tratados de Protección de Inversiones u otros ordenamientos normativos o contractuales que se denuncien ante la Cancillería Argentina (MRECIyC). La UGNA recibe los reclamos, recaba los antecedentes y se encarga del trámite administrativo, proyecta la negociación a proponer o por el contrario el desistimiento del reclamo, y lleva adelante el proceso de negociación amistosa.

Posteriormente se dictan las Resoluciones (conjuntas) N° 188 y 44, la cual incorpora nuevas competencias a favor de la unidad de Renegociación y se crea un Comité Sectorial de Renegociación, cuyo objetivo se vincula con la determinación, para cada sector alcanzado por el proceso de renegociación, de un cronograma de trabajo específico para las fases restantes.

Finalmente, en octubre del año 2003 se dicta la Ley 25.790, la cual prorroga en un año (hasta el 31/12/2004) el plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de servicios públicos.

En síntesis, el proceso de renegociación ha involucrado la siguiente formativa:

Cuadro 2-a

NORMATIVA APLICABLE A LA RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL

Norma		Fecha	Propósito
Ley	25.561	06/01/2002	Renegociar Contratos de Servicios Públicos (Art. 9)
Decreto	293	12/02/2002	Reglamenta Ley 25.561.
Decreto	370	22/02/2002	Composición de la Comisión de Renegociación
Resolución	20	18/03/2002	Aprobación Normas de Procedimiento para la Renegociación
Decreto	311°	03/07/2003	Creación de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos; Creación del CFNA-UGNA
Resolución conjunta	188-44	06/08/2003	Incorpora nuevas competencias.
Ley	25.790	01/10/2003	Prorroga proceso de renegociación hasta dic-2004

Fuente: Sobre la base de información del Ministerio de Economía, INFOLEG.

Las empresas operando en la industria de la energía, se vieron sometidas a una serie de decretos y resoluciones particulares al momento de la pesificación. En lo que sigue se introduce una síntesis de las principales leyes y reglamentaciones que regulan al sector desde los años noventa, como las modificaciones que se introdujeron en el sector *a posteriori* de la devaluación.

Cuadro 2-b

NORMATIVA INTRODUCIDA A POSTERIORI DE LA DEVALUACIÓN EN LA INDUSTRIA DEL GAS

Normativa	Fecha de	Síntesis
-----------	----------	----------

		promulgación	
Ley	25.561-HCN		Emergencia económica. Pesificación de tarifas. Desindexación.
Decreto	689-PEN	26/04/2002	Exceptúa al Gas del régimen de retenciones. Tarifas de exportación se mantienen en dólares americanos. Beneficia a las empresas transportistas y a los productores.
Resolución	2628-ENARGAS	14/06/2002	Establece precios de referencia y precios de cuenta correspondiente al período 1-5 al 30-6 del 2002.
Resolución	487-ME	11/10/2002	Exceptúa al ENRE y al ENARGAS de las restricciones impuestas por la Resolución 38/2002 ME, a fin de llevar a cabo los procesos de modificación de tarifas.
Decreto	2437-PEN	02/12/2002	Primer intento de readecuación tarifaria (transitoria) para los servicios de gas y energía eléctrica. Fracasa (Poder Judicial)
Decreto	120-PEN	23/01/2003	Segundo intento de readecuación tarifaria (transitoria) para los servicios de gas y energía eléctrica. Fracasa (Poder Judicial)
Decreto	146-PEN	02/01/2003	Tercer intento de readecuación tarifaria (transitoria) para los servicios de gas y energía eléctrica. Fracasa (Poder Judicial)
Decreto	180-PEN	13/02/2004	Creación del mercado eléctrico de gas
Decreto	181-PEN	01/02/2004	Ajuste de Precios. Régimen de adquisición directa (<i>bypass</i>) a usuarios industriales
Resolución	265-SE	16/03/ 004	Medidas de prevención ante la crisis energética (abastecimiento interno de gas y mayorista eléctrico). Suspende la exportación de los excedentes de gas natural que resulten útiles para el consumo interno
Disposición	27-SC	29/03/2004	Aprueba el programa de racionalización de exportaciones de gas natural y el uso de la capacidad de transporte
Resolución	208-MPFIpySP	21/04/2004	Homologa el "Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de los Precios del Gas Natural en punto de ingreso al Sistema de Transporte, dispuesto por el Decreto 181/04".
Resolución	503 SE	26/05/2004	Aprueba el mecanismo de uso prioritario del transporte para el abastecimiento de la demanda no interrumpible y el procedimiento de implementación operativa de la D27/SC.
Resolución	606 SE	Junio-2004	Establece que los usuarios que contratan servicios con la distribuidora zonal podrán intercambiar, revender o ceder el servicio brindado por la vendedora hasta tanto el Mercado Eléctrico de Gas entre en funcionamiento.

Fuente: Información obtenida en INFOLEG, ENARGAS y otras fuentes secundarias.

Además de los problemas que enfrentan las empresas del sector sujetas a regulación a partir de la ruptura contractual que siguió a la devaluación, la industria energética enfrenta una serie de inconvenientes. El siguiente (incompleto) listado como el análisis posterior trata de indagar el por qué de tal situación:

- **Contratos de venta a plazo:**

Obligadas a entregar una cantidad prefijada de producto (gas; electricidad), aunque manteniendo un precio (en dólares) inferior al pautado originalmente (pesificación de contratos).

- **Problema de precios relativos afectando a productoras y transportistas:**

Con la sanción de los decretos 310/02 y 689/02 se genera un diferencial de precios entre el mercado interno y externo. Dicha normativa legal exceptuaba a las empresas productoras y transportistas de la pesificación tarifarias en sus operaciones de exportación, por lo que sus ventas al exterior podían ser facturadas en moneda convertible al tipo de cambio vigente. Recientemente dicha medida fue modificada, introduciéndose gravámenes sobre las exportaciones de gas (20%).

- **Efecto de los precios relativos en la demanda local:**

A partir de la recuperación económica iniciada en 2003 se observó un importante crecimiento en la demanda, tanto residencial como no residencial. El incremento en esta última, que representa una porción destacada de la demanda total, se explica por la presencia de un fuerte subsidio que llevó a los usuarios industriales a sustituir a favor del gas. Por otra parte, los precios relativos favorables al consumo del gas natural de ciudad (GNC) llevó a que la utilización de este combustible aumentará significativamente. (En este sentido, el sector público también muestra un comportamiento inconsistente; la transformación del parque automotriz hacia el GNC fue promovida por sucesivos gobiernos cuando se pensaba que la Argentina era un país “gasífero”).

- **Problema de escasez:**

A la distorsión en precios relativos que siguió a la devaluación se le sumó una temporada hídrica “seca” que perjudicó a la disponibilidad de oferta de origen hidroeléctrico. Ambos fenómenos influyeron en el incremento experimentado en la demanda de gas.

A modo de síntesis es posible plantear que la resolución del conflicto energético se halla en gran medida sujeta a la introducción de señales claras en materia de incentivos. Estos últimos no sólo se asocian con aspectos tarifarios sino que también se relacionan con la presencia de una política sectorial coherente. La existencia de incentivos contradictorios juega en contra de la resolución del conflicto: el diferencial de precios promueve el arbitraje.



NACIONES UNIDAS

Serie

CEPAL

desarrollo productivo

NÚMEROS PUBLICADOS

- 119 La dinámica de oferta y demanda de competencias en un sector basado en el conocimiento en Argentina, Red de reestructuración y competitividad, (LC/L.1696-P) N° de venta S.02.II.G.8 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 120 Innovación tecnológica y perfeccionamiento de las pequeñas y medianas empresas en la República Federal de Alemania: Incentivos y financiamiento, Jörg Meyer-Stamer y Frank Wältring, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1709-P) N° de venta S.02.II.G.16 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 121 Microfinanzas en países pequeños de América Latina: Bolivia, Ecuador y El Salvador, Francesco Biciato, Laura Foschi, Elisabetta Bottato y Filippo Ivardi Ganapini, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1710-P) N° de venta S.02.II.G.17 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 122 Acceso a tecnología después de las reformas estructurales: la experiencia de las pequeñas y medianas empresas en Brasil, Chile y México, Marco Dini, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1738-P), N° de venta S.02.II.G.50 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 123 Pequeñas y medianas empresas industriales y política tecnológica: el caso mexicano de las tres últimas década, Mauricio de María y Campos, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1743-P), N° de venta S.02.II.G.55 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 124 Fatores de competitividade e barreiras ao crescimento no pólo de biotecnologia de Belo Horizonte, Pablo Fajnzylber, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1754-P), N° de venta S.02.II.G.66 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 125 Adquisición de tecnología, aprendizaje y ambiente institucional en las PYME: el sector de las artes gráficas en México, Marco Dini, Juan Manuel Corona y Marco A. Jaso Sánchez, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1755-P), N° de venta S.02.II.G.67 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 126 Las PYME y los sistemas de apoyo a la innovación tecnológica en Chile, Marcelo Monsalves, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1756-P), N° de venta S.02.II.G.68 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 127 As políticas de apoio à geração e difusão de tecnologias para as pequenas e médias empresas no Brasil, Marisa dos Reis Botelho y Maurício Mendonça, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1757-P), N° de venta S.02.II.G.69 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 128 El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos, José Aylwin, Volumen I, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.1767-P), S.02.II.G.81 (US\$10.00), 2002 y Volumen II, José Aylwin, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.1767/Add.1-P), N° de venta S.02.II.G.82 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 129 Structural reforms, technological gaps and economic development. A Latin American perspective, Mario Cimoli and Jorge Katz, Restructuring and competitiveness network (LC/L.1775-P), Sales N° E.02.II.G.89 (US\$ 10.00) 2002. [www](#)
- 130 Business development service centres in Italy. An empirical analysis of three regional experiences, Emilia Romagna, Lombardia and Veneto, Carlo Pietrobelli and Roberta Rabellotti, Restructuring and Competitiveness Network (LC/L.1781-P), Sales N° E.02.II.G.96 (US\$ 10.00) 2002. [www](#)
- 131 Hacia una educación permanente en Chile, María Etienne Irigoin, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1783-P), N° de venta S.02.II.G.98 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 132 Job losses, multinationals and globalization: the anatomy of disempowerment, Beverley Carlson, Restructuring and Competitiveness Network (LC/L.1807-P), Sales No. E.02.II.G.118 (US\$ 100.00) 2002. [www](#)
- 133 Toward a conceptual framework and public policy agenda for the Information Society in Latin America and the Caribbean, Martin Hilbert and Jorge Katz, Restructuring and Competitiveness Network (LC/L.1801-P), Sales No. E.02.II.G.114 (US\$10.00) 2002. [www](#)
- 134 El conglomerado del azúcar del Valle del Cauca, Colombia, Centro Nacional de Productividad (CNP) Colombia, Red de Reestructuración y Competitividad (LC/L.1815-P), N° de venta S.02.II.G.129 (US\$ 10.00) 2002. [www](#)
- 135 Las prácticas de herencia de tierras agrícolas: ¿una razón más para el éxodo de la juventud?, Martine Dirven, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.1837-P), N° de venta S.02.II.G.143 (US\$10.00), 2002. [www](#)
- 136 Análisis de la política de fomento a las pequeñas y medianas empresas en Chile, Marco Dini y Giovanni Stumpo, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1838-P), N° de venta S.02.II.G.144 (US\$10.00) 2002. [www](#)

- 137 Estratégias corporativas e de internalização de grandes empresas na América Latina, Germano Mendes de Paula, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1850-P), N° de venta P.03.II-G.18 (US\$ 10.00) 2003. [www](#)
- 138 Cooperação e competitividade na indústria de software de Blumenau, Néstor Bercovich y Charles Swanke, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1886-P), N° de venta P.03.II.G.96 (US\$ 10.00) 2003. [www](#)
- 139 La competitividad agroalimentaria de los países de América Central y el Caribe en una perspectiva de liberalización comercial, Mônica Rodrigues y Miguel Torres, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.1867-P), N° de venta S.03.II.G.37 (US\$10.00), 2003. [www](#)
- 140 Políticas para el fomento de los sectores productivos en Centroamérica, Eduardo Alonso, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1926-P), N° de venta S.03.II.G.83 (US\$10.00), 2003.
- 141 Illusory competitiveness: The Apparel Assembly Model of the Caribbean Basin, Michael Mortimore, Investments and Corporate Strategies Network (LC/L.1931-P), Sales No. E.03.II.G.89 (US\$10.00), 2003. [www](#)
- 142 Política de competencia en América Latina, Marcelo Celani y Leonardo Stanley, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.1943-P), N° de venta S.03.II.G.102 (US\$10.00), 2003. [www](#)
- 143 La competitividad de la agricultura y de la industria alimentaria en el Mercosur y la Unión Europea en una perspectiva de liberalización comercial, Nanno Mulder, Mônica Rodrigues, Alexandre Vialou, Marta Castilho, y M. Beatriz de A. David, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.2014-P), N° de venta S.03.II.G.180 (US\$10.00), 2003. [www](#)
- 144 Pobreza rural y agrícola: entre los activos, las oportunidades y las políticas —una mirada hacia Chile—, Claus Köbrich, Liliana Villanueva y Martine Dirven, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.2060-P), N° de venta S.04.II.G.4 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 145 Formación y desarrollo de un cluster globalizado: el caso de la industria del salmón en Chile, Cecilia Montero, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.2061-P), N° de venta S.04.II.G.5 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 146 Alcanzando las metas del milenio: una mirada hacia la pobreza rural y agrícola, Martine Dirven, Red de desarrollo agropecuario (LC/L.2062-P), N° de venta S.04.II.G.6 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 147 Tratados de libre comercio y desafíos competitivos para Chile: la extensión de la ISO 9000, Alicia Gariazzo, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.2068-P) N° de venta S.04.II.G.11 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 148 Observatorio de empleo y dinámica empresarial en Argentina, Victoria Castillo, Sofia Rojo Brizuela, Elisabet Ferlan, Diego Schleser, Agustín Filippo, Giovanni Stumpo, Ximena Mazorra y Gabriel Yoguel, (LC/L.2072-P), N° de venta S.04.II.G.15 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 149 Capacitación laboral para las pyme: una mirada a los programas de formación para jóvenes en Chile, Roberto Poblete Melis (LC/L.2076-P), N° de venta S.04.G.19 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 150 El microcrédito como componente de una política de desarrollo local: el caso del Centro de Apoyo a la Microempresa (CAM), en la Ciudad de Buenos Aires, Néstor Bercovich, (LC/L.2103-P), N° de venta S.04.II.G.41 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 151 La inversión extranjera directa en República Dominicana y su impacto sobre la competitividad de sus exportaciones, Sebastián Vergara, Red de reestructuración y competitividad (LC/L.2120-P) N° de venta S.04.II.G.47 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 152 Políticas públicas y la agricultura latinoamericana en la década del 2000, Pedro Tejo, (LC/L.2121-P) N° de venta S.04.II.G.50 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 153 Salud y seguridad en el trabajo y el papel de la formación en México (con referencia a la industria azucarera), Leonard Mertens y Mónica Falcón, (LC/L.2130-P), N° de venta S.04.II.G.58 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 154 Créditos a pyme en Argentina: racionamiento crediticio en un contexto de oferta ilimitada de dinero, Agustín Filippo, Daniel Kostzer y Diego Schleser, (LC/L.2136-P), N° de venta S.04.II.G.65 (US\$10.00), 2004. [www](#)
- 155 Competitividad del sector agrícola y pobreza rural: el papel del gasto público en América Latina, Mónica Kjollerström, (LC/L.2137-P), N° de venta S.04.II.G.66 (US\$10.00), 2004.
- 156 A Chilean wine cluster? Governance and upgrading in the phase of internationalization Evert-Jan Visser, (LC/L.2138-P), N° de venta E.04.II.G.67 (US\$10.00), 2004.
- 157 Áreas económicas locales y mercado de trabajo en Argentina: estudio de tres casos, Ximena Mazorra, Agustín Filippo y Diego Schleser, Red de reestructuración y competitividad (LC/L. 2151-P), No de venta S.04.II.G.79 (US\$ 10.00), 2004.
- 159 Empresas prestadoras de servicios públicos, acuerdos bilaterales de inversión y presentaciones ante el CIADI: renegociación versus disputa, Leonardo E. Stanley (LC/L.2181-P), N° de venta S.04.II.G.108 (US\$10.00), 2004.

Algunos títulos de años anteriores se encuentran disponibles

-
- El lector interesado en adquirir números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la Unidad de Distribución, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile, Fax (562) 210 2069, correo electrónico: publications@eclac.cl.

Otras publicaciones de la CEPAL relacionadas con este número

www Disponible también en Internet: <http://www.cepal.org/> o <http://www.eclac.org>

Nombre:

Actividad:

Dirección:

Código postal, ciudad, país:

Tel.: Fax: E.mail: